

Tilburg University

## De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting

Soest, Adrianus Johannes van

*Publication date:*  
1983

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Soest, A. J. V. (1983). *De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting: (Artikel 15 Wet Vpb. 1969)*. FED.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

A.J. VAN SOEST

DE REGELING  
VAN DE  
FISCALE EENHEID  
IN DE  
VENNOOTSCHAPS-  
BELASTING  
(ARTIKEL 15 WET VPB 1969)



De regeling van de  
fiscale eenheid in de  
vennootschapsbelasting  
(Artikel 15 Wet Vpb. 1969)

KATHOLIEKE  
UNIVERSITEIT  
BRABANT  
POSTBUS 90053  
5000 LE TILBURG  
BIBLIOTHEEK

Dit werk terug te bezorgen uiterlijk op:	
15/1/87	18 MAART 1990
14 APR. 1987	11/4 '90
14 MEI 1987	10 SEP. 1990
4 AUG. 1987	22 OKT. 1990
08 DEC. 1987	9/11
26 APR. 1988	9/12
23 MAART 1988	7 MAART 1991
13 APR. 1988	1 MEI 1991
9 APR 1992	

BEPALING UIT HET REGLEMENT  
Een werk, dat iemand in bruikleen heeft, mag door hem in geen  
geval worden uitgeleend.

04 JUN 1992

## *Opgedragen aan Willie en Bianca*

Katholieke Universiteit Brabant



Bibliotheek

Dit werk terug te bezorgen uiterlijk op:

7 OKT. 1996	
18 JULI 1997	

### BEPALING UIT HET REGLEMENT

Een werk, dat iemand in bruikleen heeft, mag door hem in geen geval worden uitgeleend.

Van dit proefschrift verschijnt ook een  
handelseditie onder ISBN 90 6002 290 4

# De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting (Artikel 15 Wet Vpb. 1969)

## Proefschrift

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN  
DOCTOR IN DE RECHTSGELEERDHEID  
AAN DE KATHOLIEKE HOGESCHOOL TILBURG,  
OP GEZAG VAN DE RECTOR MAGNIFICUS,  
PROF. DR. G.M. VAN VELDHOVEN,  
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN TEN  
OVERSTAAN VAN EEN DOOR HET COLLEGE  
VAN DECANEN AANGEWEEZEN COMMISSIE  
IN DE AULA VAN DE HOGESCHOOL OP  
VRIJDAG 11 FEBRUARI 1983 TE 16.15 UUR  
DOOR

**Adrianus Johannes van Soest,**  
GEBOREN TE UTRECHT

S.Nr. 821060	
Katholieke Universiteit Tilburg	
Bandnummer	031969
Signatuur	419 E 19

*[Handwritten signature]*



Promotor: prof. D.A.M. Meeles R.A.  
Co-referent: prof. mr. J. Verburg

# Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen	9
Inleiding	11
Noten	13

## Deel I

### Hoofdstuk I

De wettelijke regeling van de fiscale eenheid	17
1. Historische ontwikkeling	18
1.1. De Wet op de Dividend- en Tantiëmebelasting 1917	18
1.2. Het Besluit op de Winstbelasting 1940	18
1.3. Het Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942	20
1.4. De Wet op de Vennootschapsbelasting 1969	21
2. Het karakter van de vennootschapsbelasting	22
3. Grondslag en strekking van de fiscale eenheid	24
4. De reikwijdte van de fictieve fusie	27
4.1. De subjectieve belastingplicht van de dochtermaatschappij	27
4.2. Relativering van de rechtspersoonlijkheid?	29
4.3. Is bij de totstandkoming van de fiscale eenheid artikel 16 Wet IB van toepassing?	29
5. De aandelenparticipatie	30
5.1. De betekenis van 'alle aandelen'	30
5.2. Het bezitsvereiste	31
5.3. Geen duurzaamheidsvereiste	33
6. Beperkende voorwaarden	34
6.1. De fiscale eenheid is voorbehouden aan naamloze vennootschappen en/of besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid	34
6.1.1. De rechtsvorm	34
6.1.2. De nationaliteit	35
6.2. Voor het bepalen van de winst moeten bij beide belastingplichtigen dezelfde bepalingen van toepassing zijn	36
6.3. De fiscale eenheid geldt slechts voor <i>binnen het Rijk gevestigde</i> NV's of BV's	37
6.3.1. De feitelijke vestigingsplaats der vennootschappen	37
6.3.2. Buitenlandse vaste inrichtingen	39
6.3.3. Buitenlandse dochtermaatschappijen	41
6.3.4. Het alternatief van de EG-ontwerprichtlijn	42
7. Formele voorwaarden	43

## INHOUD

7.1.	De tijdvakken waarover de belasting wordt geheven moeten voor beide vennootschappen samenvallen	43
7.2.	Voeging kan slechts geschieden op verzoek van beide belastingplichtigen	45
7.3.	De fiscale eenheid kan ten vroegste ingaan met ingang van het jaar waarin het verzoek is ingediend	45
8.	Nader te stellen voorwaarden	47
8.1.	Als delegatievorm	47
8.2.	Rechtskarakter van de voorwaarden	49
8.3.	Begrenzing van de voorwaarden	50
8.4.	Toetsing door de rechter aan de beginselen van behoorlijk bestuur	51
	Noten	54

### *Hoofdstuk II*

## **De standaardvoorwaarden** 59

1.	Inleiding	59
2.	Betekenis en invloed van standaardvoorwaarden	59
3.	De voorwaarden die primair gestalte geven aan de consolidatie	62
3.1.	De geconsolideerde balans	62
3.2.	De stelselkeuze bij en na de voeging	63
3.3.	Onderlinge vorderingen en schulden op het verenigingstijdstip	65
3.4.	Obligaties	68
3.5.	Aandelen moedermaatschappij in handen van te voegen dochtermaatschappij	70
3.6.	De splitsing	71
3.7.	Onderlinge vorderingen en schulden op het splitsingstijdstip	77
3.8.	De fiscale reserves ex artikelen 13 en 14 Wet IB	78
3.9.	De herbeleggingsreserve en de afrondingsreserve voor beleggingsinstellingen	79
3.10.	De egalisatiereserve verzekeraars	80
3.11.	De investeringsregelingen	82
4.	De verliescompensatie	85
4.1.	De 'afzonderlijke' verliescompensatie	86
4.2.	Toerekeningsproblematiek	90
4.2.1.	Verrekening van vóór-fusieverliezen bij gelijktijdig gevoegde dochtermaatschappijen	90
4.2.2.	Verrekening van vóór-fusieverliezen bij volgtijdig gevoegde dochtermaatschappijen	92
4.2.3.	Carry back bij gelijktijdig gevoegde dochtermaatschappijen	93
4.2.4.	Carry back bij volgtijdig gevoegde dochtermaatschappijen	95
4.2.5.	De overgangsregeling in de Resolutie van 27 september 1976	96
4.3.	Voorkoming van 'dubbele' verliescompensatie	96
4.4.	Aanloopverliezen uit de vóórvoegingsperiode	97
4.5.	Aanloopverliezen geleden na het verenigingstijdstip	99
4.6.	Vóórvoegingsverliezen na ontvoeging	100
4.7.	De vóórsplitsingsverliezen	101
4.8.	Afzonderlijke of meersporende verliescompensatie?	102
5.	De anti-misbruik bepalingen	104
5.1.	De aard van het te bestrijden misbruik	105
5.2.	Uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling	106



## INHOUD

5.3.	De 'besmette' transacties	107
5.4.	De reikwijdte van de 16e standaardvoorwaarde	111
5.5.	De vijfjaars-termijn van de 16e standaardvoorwaarde	115
5.6.	De Resolutie van 17 juli 1972	116
5.6.1.	De interne reorganisatie	116
5.6.2.	De keuze tussen artikel 14 lid 2 en artikel 15 Wet Vpb	117
5.6.3.	Opheffing van de anomalie tussen artikel 14 lid 2 en artikel 15	119
5.6.4.	Artikel 14 lid 2 steeds als alternatief?	120
5.6.5.	Hernieuwde belangstelling voor artikel 14 lid 2 Wet Vpb	121
5.7.	De effectiviteit van de 16e standaardvoorwaarde	122
5.8.	De 17e standaardvoorwaarde ter aanvulling van de 16e standaardvoorwaarde	123
5.9.	Realisatie binnen de fiscale eenheid?	125
5.10.	De termijn bedoeld in de 17e standaardvoorwaarde	129
5.11.	De reikwijdte van de 17e standaardvoorwaarde	130
5.12.	Alternatieven	131
6.	De bepalingen van formeel/administratieve aard	132
6.1.	Overige fiscale gevolgen van de toepassing der standaardvoorwaarden	133
6.2.	Aanslag en aansprakelijkheid	134
6.3.	De verbreking van de fiscale eenheid	136
6.4.	Gewenste regeling van de bepalingen van formeel/administratieve aard	137
	Noten	138

### *Hoofdstuk III*

Conclusies ten aanzien van de vraag hoe de huidige opzet van de fiscale eenheid zou kunnen worden verbeterd	142
---	-----

## *Deel II*

### *Hoofdstuk IV*

Bepalingen van concernrechtelijke aard	149
1. Het Nederlandse concernrecht	149
2. Juridische of economische benadering van het concernbegrip	150
3. De concernonderneming	152
4. De concernjaarrekening	154
Noten	157

### *Hoofdstuk V*

Fiscale concernregelingen van andere EG-Statens	159
1. Inleiding	159
2. Engeland	159
2.1. Group relief	160
2.2. Inter-group transfers of capital assets	161
2.3. Group Income	162
2.4. Surrender of ACT	162

## INHOUD

2.5.	Conclusie	163
3.	Frankrijk	164
3.1.	Belastingheffing over de geconsolideerde wereldwinst (Régime du bénéfice consolidé)	164
3.2.	De concernregeling ingevoerd bij Loi 71-1025	166
3.3.	Conclusie	167
4.	Denemarken	167
	Conclusie	169
5.	Duitsland	169
5.1.	De orgaandrager	170
5.2.	Het orgaan	171
5.3.	De onderlinge band	171
5.4.	De inkomensoverdracht	172
5.5.	Conclusie	172
	Noten	174

### *Hoofdstuk VI*

De wenselijkheid van een gewijzigde opzet van de fiscale eenheid		175
1.	Inleiding	175
2.	Juridische of economische benadering van de concernproblematiek	175
3.	De juridische fusie	176
4.	Uitbreiding van de fiscale eenheid tot meerderheidsparticipaties	178
5.	Een gewijzigde opzet van de fiscale eenheid	182
	Noten	186

Samenvatting	187
--------------	-----

Summary	193
---------	-----

Register op in de noten aangehaalde literatuur	199
--	-----

Trefwoordenregister	205
---------------------	-----

# Lijst van afkortingen

## *Wetten en parlementaire stukken*

AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
Besluit Vpb.	Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942
Besluit WB	Besluit op de Winstbelasting 1940
BW	Burgerlijk Wetboek
DTB	Wet op de Dividend- en Tantiëmebelasting 1917
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NMvA	Nadere Memorie van Antwoord
NVV	Nader Voorlopig Verslag
RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
Wet BRV	Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970
Wet IB	Wet op de inkomstenbelasting 1964
Wet OB	Wet op de omzetbelasting 1968
Wet Vpb.	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WIR	Wet investeringsrekening

## *Tijdschriften*

B.	Beslissingen in belastingzaken (L.J. Veen) (tot 1953)
BNB	Beslissingen in belastingzaken – Nederlandse belastingrechtspraak
ESB	Economisch-Statistische Berichten
FED	losbladig fiscaal weekblad FED
MAB	Maandblad voor accountancy en bedrijfshuishoudkunde
MBB	Maandblad Belastingbeschouwingen
MBO	Maandblad Bedrijfsadministratie en Organisatie
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
De NV	De Naamlooze Vennootschap
TVVS	Tijdschrift voor vennootschappen, verenigingen en stichtingen
V-N	Vakstudie-Nieuws
Weekblad	Weekblad voor fiscaal recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie

## *Diversen*

CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
EG	Europese Gemeenschappen
HR	Hoge Raad
OM	Openbaar Ministerie
Vpb.	vennootschapsbelasting



# Inleiding

Tussen sommige rechtspersonen bestaan, ondanks hun juridische zelfstandigheid, in economische, financiële en organisatorische zin zodanige betrekkingen, dat van een gezamenlijke onderneming onder uniforme leiding moet worden gesproken. Deze zogenaamde concernverhouding heeft in de Nederlandse wetgeving slechts incidenteel tot specifieke bepalingen geleid. Zowel het vennootschaps- als het fiscale recht bevatten tot op heden voor deze feitelijke concernverhoudingen geen afgerond en samenhangend geheel van rechtsregels. Nog steeds ligt aan de juridische benadering van de rechtspersoon de veronderstelling van economische zelfstandigheid ten grondslag. Op het juridische-zowel als het fiscale terrein volgt de wetgever eerst op lange termijn de economische ontwikkelingen. Terecht stelt Franken<sup>1</sup> dan ook dat bij het concern de juridische vormgeving wel erg achter zijn praktische ontwikkeling aankomt. Deze trage voortgang wijt hij aan de problemen die aan de theoretische plaatsbepaling van het concern kleven, omdat het wezen van een concern niet alleen door juridische, doch ook door economische aspecten wordt bepaald.<sup>2</sup> Wellicht kan zelfs worden gesteld<sup>3</sup> dat concernverhoudingen in de regel feitelijke betrekkingen zijn, die juridisch niet als zodanig zijn te bepalen.

De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, thans vervat in artikel 15 Wet Vpb., behoort tot de incidentele wettelijke bepalingen, waarbij de wet de veronderstelde economische verwevenheid van rechtspersonen laat prevaleren boven hun juridische zelfstandigheid.

Naast artikel 15 Wet Vpb. zou ik de artikelen 13 en 14 Wet Vpb., artikel 40 Wet IB, artikel 7, lid 4, Wet OB en de artikelen 15, lid 1, letter h, en 35, lid 4, Wet BRV tot de bepalingen van 'concernrecht' in de fiscale wetgeving willen rekenen. In het vennootschapsrecht behoren de concernregelingen in de Wet op de ondernemingsraden en in Boek 2 BW, betreffende de jaarrekening, de structuurregeling en het enquêterecht, tot de bepalingen van concernrechtelijke aard.

Anders dan de hierboven genoemde regelingen in het vennootschapsrecht, die betrekkelijk recent zijn, werd de regeling van de fiscale eenheid reeds ingevoerd in 1940 bij het Besluit WB. De fiscale regeling heeft echter niet, zoals de vergelijkbare figuur van de Organschaft in het Duitse recht, bijgedragen aan de totstandkoming van een algemeen concernrecht. De ontwikkeling in dit opzicht is in Nederland eerst gedurende de laatste jaren op gang gekomen, mede onder invloed van de Europese (ontwerp)richtlijnen op dit terrein.

De bepalingen in het vennootschapsrecht van concernrechtelijke aard hebben met de fiscale eenheid als gemeenschappelijke basis de vraag hoe met het concern als feitelijk gegeven rekening kan of moet worden gehouden bij de uitwerking van wettelijke regelingen. In zijn vormgeving is de fiscale eenheid echter een specifieke faciliteit, die met name bij zijn praktische uitvoering een geheel eigen ontwikkeling heeft doorgemaakt.

In de loop der jaren is het fiscale eenheidsregime sterk in betekenis toegenomen. Bedroeg in 1958 het aantal gevormde fiscale eenheden nog slechts 96<sup>4</sup>; thans worden jaarlijks ongeveer 3000 beschikkingen, houdende de voorwaarden voor een fiscale eenheid, door het ministerie afgegeven.<sup>5</sup>

Deze studie is niet gericht op de algemene fiscale concernproblematiek (noch op bepaalde aspecten van deze problematiek), doch op de specifieke faciliteit van artikel 15 Wet Vpb. Deel I van deze studie bevat een kritische analyse van deze regeling. In deel II komt de vraag aan de orde of, gezien de contouren van het concernrecht in wording, de fiscale eenheid in voldoende mate bij deze ontwikkeling zal kunnen aansluiten. In dit verband zal tevens aandacht worden besteed aan de essentiële kenmerken van vergelijkbare regelingen in andere EG-Lid-Statens.

## Noten

Toelichting: het tussen haakjes geplaatste cijfer verwijst naar de lijst van aangehaalde publikaties, waarin de desbetreffende publikatie nader is omschreven.

1. W.K. Franken (1), blz. 18.
2. W.K. Franken (1), blz. 17.
3. Zoals H.J.M.N. Honée (1) doet op blz. 2 van zijn dissertatie.
4. Volgens de statistische gegevens van het CBS, die ná 1967 niet meer zijn gepubliceerd.
5. Naar schatting van de staatssecretaris van Financiën. Zitting 1981/82, nr. 16 453 – Regeling van de fusie van naamloze en besloten vennootschappen – , Nota naar aanleiding van het Eindver-  
slag, blz. 2.



# Deel I

## Hoofdstuk I

# De wettelijke regeling van de fiscale eenheid

Artikel 15 Wet Vpb., waarin de wettelijke regeling van de fiscale eenheid is vastgelegd, luidt als volgt:

‘1. Zolang alle aandelen van een binnen het Rijk gevestigde naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid in het bezit zijn van een andere zodanige vennootschap en de tijdvakken waarover de belasting wordt geheven voor beide vennootschappen samenvallen, wordt, op verzoek van beide belastingplichtigen en ten vroegste met ingang van het jaar waarin het verzoek is ingediend, de belasting geheven alsof de eerstbedoelde vennootschap in de laatstbedoelde is opgegaan, mits de door Onze Minister nader te stellen voorwaarden zijn vervuld.

2. Het eerste lid vindt geen toepassing ingeval voor het bepalen van de winst niet bij beide belastingplichtigen dezelfde bepalingen van toepassing zijn, tenzij Onze Minister anders bepaalt.

3. De in het eerste lid bedoelde voorwaarden mogen slechts strekken ter verzekering van de heffing en de invordering van de belasting met het oog op de omstandigheid dat de in het eerste lid bedoelde vennootschappen uitsluitend voor de toepassing van deze wet een eenheid vormen en het geval dat deze eenheid wordt beëindigd, wordende onder die voorwaarden mede begrepen voorwaarden die betrekking kunnen hebben op het bepalen van de in een jaar genoten winst, de toelaatbare reserves, de verrekening van verliezen en de vervreemding van de in het eerste lid bedoelde aandelen.’

Dit artikel bevat geen volledige uitwerking van genoemd regime. Deze uitwerking is aan de minister van Financiën gedelegeerd in de vorm van nader te stellen voorwaarden. De normaliter te stellen voorwaarden worden, na iedere algemene wijziging, gepubliceerd in de Nederlandse Staatscourant. De analyse van het regime van de fiscale eenheid zal dan ook, naast de wettelijke regeling, tevens deze standaardvoorwaarden dienen te omvatten.

Dit hoofdstuk bevat, behoudens een schets van de historische ontwikkeling en een uiteenzetting van de grondslag en strekking van de fiscale eenheid, uitsluitend een onderzoek van de vereisten voor de toepassing van het regime, die aan artikel 15 Wet Vpb. kunnen worden ontleend. De standaardvoorwaarden zullen in hoofdstuk II worden behandeld. Het eerste gedeelte van deze studie wordt afgesloten met een opsomming van de conclusies, die uit de analyse van de wettelijke regeling en de standaardvoorwaarden van de fiscale eenheid voortvloeien.

## 1. Historische ontwikkeling

### 1.1. *De Wet op de Dividend- en Tantiëmebelasting 1917*

Het regime van de fiscale eenheid was onder de uitdelingsbelastingen nog onbekend. De DTB bevatte slechts, in artikel 3, een regeling ter voorkoming van dubbele belasting.<sup>1</sup> Hierbij werden ter bepaling van de over de uitdelingen van de moedermaatschappij verschuldigde dividend- en tantiëmebelasting de van de dochtermaatschappij ontvangen en aldaar reeds belaste uitdelingen afgetrokken van de door de moedermaatschappij verrichte uitdelingen. Deze saldering leidde echter niet tot een bevredigend resultaat wanneer de door de moedermaatschappij verrichte uitdeling – bijvoorbeeld ten gevolge van bij andere dochtermaatschappijen geleden verliezen – kleiner was dan de uitdelingen van winstgevende dochtermaatschappijen. Dit verschil bleef dus in de heffing betrokken al behield de moedermaatschappij een aanspraak, die uiteindelijk verrekend werd met de zogenaamde overgangsreserve. Problemen konden in de praktijk vaak worden voorkomen, doordat de moedermaatschappij de uitdeling(en) van de dochtermaatschappij(en) kon afstemmen op haar eigen uitdeling(en).

Schmey<sup>2</sup> – vooruitblikkend op de aangekondigde winstbelasting – stelde in dit verband: ‘Een laatste opmerking zou ik ter zake van de toekomstige fiscale behandeling van het saldo-verlies willen maken. Dit behoort tot de vraagstukken, die zich binnen het kader eener zuivere uitkeeringsbelasting uit den aard der zaak niet kunnen voordoen: de compensatie van geleden verliezen heeft immers onder dit stelsel mede op grond van de handelsrechtelijke bepalingen noemenswaardig de bescherming van het vermogen der naamloze vennootschap plaats voordat tot winstuitkering wordt overgegaan.’ Hij ging er echter aan voorbij dat de moedermaatschappij soms genoopt kan zijn de winst van een winstgevende dochtermaatschappij (stel f 100 000) geheel – belast met dividend- en tantiëmebelasting – te doen uitkeren, teneinde haar andere dochtermaatschappij (stel verlies f 100 000) financieel te kunnen bijstaan. Zonder dat in concernverband dus van winst sprake behoefde te zijn, kon toch dividend- en tantiëmebelasting verschuldigd worden.

### 1.2. *Het Besluit op de Winstbelasting 1940*

Eerst na indiening van het wetsontwerp op de WB werd men zich (te elfder ure) bewust van de concernproblematiek nu het wetsontwerp op geen enkele wijze rekening hield met tegengestelde resultaten binnen het concern. Van Loon<sup>3</sup> schetste de concernproblematiek die in het kader van de invoering van een winstbelasting zou ontstaan, indien deze winstbelasting op dit punt geen bijzondere regeling zou bevatten: ‘Ook dan echter blijft er nog een groote onbillijkheid ten aanzien van den in ons land vrij veel voorkomenden vorm der holdingmaatschappij, die bestaat uit een moedermaatschappij met een aantal dochterondernemingen, wier aandeelen alle in haar bezit zijn. Voor deze soort holding-



maatschappijen kan het systeem om elke naamlooze vennootschap, al is ze nog zo nauw met andere naamlooze vennootschappen verbonden, individueel te behandelen, tot zeer onaangename gevolgen leiden. Neem het geval eener holding, die houdster is van alle aandelen van vier andere naamlooze vennootschappen A, B, C en D. In een zeker jaar maakt slechts A een redelijke winst, terwijl B, C en D elk met een verlies afsluiten, welke verliezen samen grootter zijn dan de winst van A. De holding moet dan geacht worden verlies te hebben geleden, maar niettemin wordt A voor het volle pond in de winstbelasting aangeslagen. Het onderbrengen van ondernemingen in moeder- en dochtermaatschappijen is uit den aard der zaak bedoeld ter verdeling van risico's, een zeer gezond beginsel in het bedrijfsleven. Het is te betreuren, dat het wetsontwerp hiermede geen rekening heeft gehouden en het zou dan ook geen overbodige weelde zijn om aan holding-maatschappijen van het type der moedermaatschappij, die alle aandelen van dochtermaatschappijen bezit, de mogelijkheid te verschaffen om bij toepassing der winstbelasting als één geheel met de dochterondernemingen te worden beschouwd.'

Bij enige leden van de Tweede Kamer vond deze gedachte weerklink, zodat onder meer in het Voorlopig Verslag werd gesteld: 'Behaalt een ondervennootschap f 50 000 winst, dan is daarover winstbelasting verschuldigd, ook al leveren andere ondervennootschappen f 300 000 verlies. Bij zulk een constellatie ware naar de meening der hier aan het woord zijnde leden een heffing, gebaseerd op een verzamelbalans voor de geheele onderneming, de juiste oplossing.'<sup>4</sup>

De minister nam dit denkbeeld over, getuige de hierop betrekking hebbende passage uit de Nota van wijzigingen: 'De opmerking, gemaakt in de op één na laatste alinea van het verslag ad art. 7, heeft den ondergeteekende aanleiding gegeven om, voor concerns als hier zijn bedoeld, de mogelijkheid te scheppen om te worden belast als één lichaam. Hiertoe is een nieuw art. 26 bis ingevoegd.'

Dit artikel (het latere artikel 27) luidde:

1. Indien en voor zolang alle aandelen van een naamlooze vennootschap in het bezit zijn van een lichaam als bedoeld is bij artikel 1, kan Onze Minister van Financiën, onder door hem te stellen voorwaarden bepalen, dat de belasting volgens deze wet wordt geheven alsof de eerstbedoelde vennootschap was opgegaan in het lichaam dat al hare aandelen bezit.
2. Het eerste lid vindt slechts toepassing, indien de gestelde voorwaarden door de bestuurders van alle daarbij betrokken vennootschappen, vereenigingen en maatschappijen zijn aanvaard.

Veel aandacht heeft dit artikel tijdens de verdere parlementaire behandeling niet gekregen. Bij de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer is het artikel in het geheel niet meer ter sprake gekomen. Wel werd door de minister een amendement, ingediend door de heer Donker, overgenomen waarbij de consequenties voor de verdeling van de gemeentelijke opcenten in de winstbelasting werden geregeld. In het Voorlopig verslag van de Commissie van Rapporteurs van de Eerste Kamer werd ten aanzien van artikel 27 o.a. het navolgende opgemerkt: 'Het had hen eenigermate bevreemd, dat de toepassing van deze bepaling afhangt niet alleen van de objectieve voorwaarde, dat alle aandelen van eene naamlooze vennootschap in het bezit moeten zijn van een lichaam, dat in de

winstbelasting is betrokken, doch ook van het inzicht van den Minister van Financiën. . . . Nog werd de vraag gesteld, welke de aard is van de voorwaarden, welke de Minister voornemens is te stellen, opdat op grond van artikel 27 eene concern-balans zal mogen worden ingediend.<sup>5</sup> Deze vraag werd, als gevolg van de oorlogsomstandigheden, niet meer in de Eerste Kamer behandeld. Na de invoering van de winstbelasting bij het Besluit op de Winstbelasting 1940 werd deze vraag echter alsnog beantwoord in paragraaf 20 van de Leidraad Winstbelasting: 'Het ligt in de bedoeling, aan de toepassing van art. 27 slechts zoodanige voorwaarden te verbinden als noodig zijn om: 1°, te voorkomen, dat bij den aanvang of het einde van de toepassing van art. 27 minder belasting geheven wordt dan redelijk is, en 2°, te waarborgen, dat ook van de dochtermaatschappij de voor de heffing en — eventueel — invordering van de belasting de noodige medewerking wordt verkregen, althans tegenwerking niet met vrucht mogelijk is.' Tevens werd in de Resolutie van 27 september 1940 door het Departement van Financiën globaal de inhoud van de te stellen voorwaarden aangegeven.<sup>6</sup>

### *1.3. Het Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942*

De invoering van het Besluit Vpb. heeft niet geleid tot een nadere uitwerking van de wettelijke regeling van de fiscale eenheid. De regeling bleef echter bestaan, hetgeen reeds een succes kan worden genoemd, wanneer men bedenkt dat het Duitse Körperschaftsteuergesetz geen wettelijke regeling op dit terrein kende.<sup>7</sup> Artikel 27 Besluit WB werd ongewijzigd opgenomen in het Besluit Vpb. 'tot dat dienaangaande een nadere regeling zal zijn getroffen' (artikel 32 Besluit Vpb.). Deze nadere regeling kwam eerst tot stand door invoering van artikel 15 Wet Vpb.

Gedurende de periode waarin het Besluit Vpb. van kracht was (1941 t/m 1969) heeft de fiscale eenheid zich evenmin in de administratieve sfeer ontwikkeld. De ontwerp-voorwaarden (al vrij snel betiteld als standaardvoorwaarden), zoals die aan het begin van deze periode werden gesteld<sup>8</sup>, zijn immers in wezen vrijwel gelijk aan de standaardvoorwaarden gehanteerd aan het einde van deze periode.<sup>9</sup>

De goedkeuringssfeer, waarbinnen het regime onder de werking van artikel 27 Besluit WB moest gedijen, gaf de uitvoerende macht de mogelijkheid in concreto te toetsen of aan doel en strekking van het regime werd voldaan, alvorens in het individuele geval concrete voorwaarden te stellen.

In daartoe aanleiding gevende gevallen werd het regime dan ook geweigerd, bijvoorbeeld als de activiteiten van de te voegen moeder- en dochtermaatschappij(en) niet in elkaars verlengde lagen, indien verwacht werd dat de fiscale eenheid geen duurzaam karakter zou dragen en bij financiering van de deelneming in de dochtermaatschappij met vreemd vermogen.<sup>10</sup>



*1.4. De Wet op de Vennootschapsbelasting 1969*

De oorspronkelijke ontwerptekst week nauwelijks af van die van artikel 27 Besluit WB namelijk: 'Onze Minister kan op verzoek van de belastingplichtigen en onder door hem te stellen voorwaarden bepalen dat, voor zolang alle aandelen van een binnen het Rijk gevestigde naamloze vennootschap in het bezit zijn van een andere zodanige vennootschap, de belasting wordt geheven alsof de eerstbedoelde vennootschap in de laatstbedoelde is opgegaan.' Als enige wijziging van materiële betekenis vermeldt de MvT: '... dat de regeling voortaan slechts zal kunnen worden toegepast wanneer beide lichamen naamloze vennootschappen zijn, zulks aangezien gebleken is dat alleen voor naamloze vennootschappen daaraan een werkelijke behoefte bestaat.'<sup>11</sup>

In het Voorlopig Verslag noemen verschillende leden dit argument 'niet zwaarwegend'. Zij willen de regeling uitgebreid zien tot andere lichamen, hetgeen de minister met een beroep op het feit dat in het maatschappelijke verkeer slechts behoefte zou bestaan aan samenvoegingen van NV's afwijst. Later wijst hij op de ongewenste fiscale gevolgen, die zouden kunnen ontstaan bij fiscale samenvoeging van een NV met een ander lichaam, waarvoor een bijzonder fiscaal regime bestaat.<sup>12</sup>

Als uiteindelijk gevolg is bij de Vierde nota van wijzigingen het tweede lid aan het artikel toegevoegd. Aan de wens van vele leden, geuit in het Nader voorlopig verslag, dat het vereiste dat 'alle' aandelen in het bezit moeten zijn van de moedermaatschappij, gewijzigd zou worden in 'alle of nagenoeg alle', heeft de minister evenmin voldaan, daar deze eis zou moeten waarborgen dat de eenheid niet alleen fiscaal maar ook daadwerkelijk bestaat. Wel heeft hij medegedeeld, dat de eis in de praktijk soepel wordt geïnterpreteerd doordat een te verwaarlozen percentage in handen van derden niet als beletsel wordt aangemerkt en bovendien zoekgeraakte aandelen buiten beschouwing worden gelaten.<sup>13</sup>

De verdere parlementaire behandeling richtte zich voornamelijk op de vraag of de in het ontwerp voorgestelde delegatie door de wetgever (ook ten aanzien van de artikelen 13 en 27 van het wetsontwerp) wel gewenst is en zo ja, welke rechtsbescherming zou kunnen worden geschapen.

Verscheidene leden van de Tweede Kamer constateerden tot hun spijt, dat in de wetgeving in het algemeen en in de belastingwetgeving in het bijzonder steeds meer delegatiebepalingen voorkomen. Hoewel verschillende leden van mening waren, dat een zekere mate van delegatie onmisbaar is in een moderne belastingwetgeving, waarin slagvaardig gereageerd moet worden op de voortdurende maatschappelijke ontwikkelingen waarmee men geconfronteerd wordt, meenden zij dat het wetsontwerp te ver ging met name ten aanzien van het huidige artikel 15. Waar ten gevolge van bestaande delegatiebepalingen reeds zoveel ervaring was opgedaan, moest het zeer wel mogelijk zijn de materie uitputtend in de wet te regelen, zodat deze bepalingen ook eventueel voor de rechter ten toetse zouden kunnen komen. Hiermede zou hun inziens de rechtszekerheid worden gediend.<sup>14</sup>

De minister meende echter dat juist door deze delegatie de rechtszekerheid van de belastingplichtige wordt gebaat, doordat hij reeds tijdig van te voren ze-

kerheid verkrijgt omtrent de fiscale consequenties van zijn handelen. Hij stelde dat het bij het huidige artikel 15 telkens gaat om eenmalige situaties, die een grote variatie kunnen vertonen en waarbij incidentele fiscale aanpassing niet slechts voor de fiscus maar vooral ook voor de belastingplichtigen van groot belang moet worden geacht. Codificatie van de standaardvoorwaarden zou kunnen leiden tot verstarring, die allerminst in het belang van de belastingplichtigen kan worden geacht.<sup>15</sup> Zelfs het verzoek om een regeling waarbij de essentie van de standaardvoorwaarden, hetzij in de wet zou worden opgenomen, hetzij in de vorm van een ontwerpbesluit aan het parlement zou worden voorgelegd, werd door de minister afgewezen. Wel verklaarde hij dat tegen publikatie van de standaardvoorwaarden in de Staatscourant geen bezwaar bestond. De minister toonde zich evenmin een voorstander van de gedachte om de hoofdlijnen in de wet te verankeren en de detaillering te delegeren met toekenning van het recht van beroep, waarbij de rechter de concrete voorwaarden zou kunnen toetsen aan de algemene. Alsdan zouden zijns inziens in de wettelijke regeling voorschriften moeten worden opgenomen, waaraan de minister gebonden zou zijn en waaraan de rechter zijn beslissing zou moeten toetsen. De regeling zou dan zo vaag en algemeen moeten blijven, dat de reële betekenis daarvan minimaal zou zijn, zodat de minister wilde vasthouden aan de delegatievorm.

Uiteindelijk heeft deze discussie geresulteerd in wijziging van de woorden: 'Onze Minister kan op verzoek . . . bepalen dat . . .' in: '. . . wordt op verzoek'. De regeling heeft derhalve een dwingend karakter gekregen, zodat weigering van het regime na inhoudelijke toetsing (zoals onder artikel 27 Besluit WB) thans niet meer mogelijk is. Tevens werd bij Vierde nota van wijzigingen het derde lid aan het artikel toegevoegd. De tekst van dit derde lid bevat voornamelijk een hernieuwde weergave van de reeds in § 20 van de Leidraad winstbelasting geformuleerde grondslag voor de te stellen voorwaarden bij toepassing van de fiscale eenheid.

Hoewel de wettelijke regeling, met uitzondering van de zojuist vermelde problematiek, in vergelijking met de regeling van artikel 27 Besluit WB nauwelijks gewijzigd is, vertonen de standaardvoorwaarden van artikel 15 Wet Vpb.<sup>16</sup> opvallende verschillen. Ik doel hierbij op de door de combinatie te volgen gedragslijn, de verliescompensatie en de misbruikbestrijding. Deze wijzigingen zijn naar mijn oordeel niet zo zeer het gevolg van een ontwikkelingsproces in het ambtelijk denken, doch voornamelijk een uitvloeisel van het ten departemente gevoerde overleg over wijziging van de standaardvoorwaarden met een delegatie uit het bedrijfsleven. Den Boer heeft opgemerkt dat de wijzigingen in de standaardvoorwaarden, bepleit door de delegatie waarvan hij lid was, indirect mede te danken waren aan het werk van de Commissie voor de bestudering van de fiscale problemen rondom fusies, waartoe hij eveneens behoorde.<sup>17</sup>

## 2. Het karakter van de vennootschapsbelasting

Aan de vaststelling van de grondslag van de fiscale eenheid zou een onderzoek



naar de grondslag(en) van de vennootschapsbelasting, waarvan de regeling van de fiscale eenheid een onderdeel vormt, vooraf moeten gaan. In vele publikaties is echter reeds, min of meer uitvoerig, aan deze problematiek aandacht besteed.<sup>18</sup> Bovendien is tijdens de parlementaire behandeling van de Wet Vpb. door de bewindslieden naar voren gebracht, dat geen der afzonderlijke aspecten een afdoende grond voor de vennootschapsbelasting vormt, zodat de in de literatuur ontwikkelde theorieën<sup>19</sup>, die op één van deze aspecten gebaseerd zijn, geen integrale rechtsgrond aan deze heffing kunnen verschaffen, doch slechts bouwstenen vormen, die te zamen deze heffing aanvaardbaar maken.<sup>20</sup> Wellicht kan beter worden gesproken van pogingen ter rechtvaardiging van de huidige vennootschapsbelasting. De roep om tot ingrijpende wijziging, wellicht zelfs tot afschaffing<sup>21</sup>, van de vennootschapsbelasting te komen wordt de laatste jaren steeds luider. De opzet van dit geschrift laat echter niet toe op deze hoogst belangrijke problematiek nader in te gaan. De hierna volgende beschouwingen zijn dan ook gebaseerd op de huidige opzet van de vennootschapsbelasting, die ik als volgt zou willen typeren:

de huidige vennootschapsbelasting is in wezen een heffing op ondernemingswinsten (steunend op het profijt- en het buitenkansbeginsel<sup>22</sup>), mede ten doel hebbend verstoring van de concurrentieverhoudingen te voorkomen (welvaartsbeginsel).<sup>23</sup> De belastingheffing beperkt zich dan ook niet tot rechtspersonen, doch strekt zich mede uit tot ondernemingsactiviteiten (en zelfs tot activiteiten, die op zich geen onderneming vormen, doch waarmee wel in concurrentie wordt getreden met ondernemingen) van die juridische organisatieverbanden, waarvan de ondernemingswinst niet rechtstreeks door de inkomstenbelasting wordt getroffen. Het ondernemingsbelasting-karakter van de vennootschapsbelasting komt mede tot uiting doordat zelfs objecten (de overheidsbedrijven) als belastingplichtigen in de heffing worden betrokken.

De huidige vennootschapsbelasting is echter mede gestructureerd op basis van de veronderstelling dat de juridische zelfstandigheid (van met name de NV's en BV's) een zelfstandige ondernemingsuitoefening, los van de aandeelhouders-natuurlijke personen, impliceert.<sup>24</sup> Deze gerichtheid op de juridische vorm is zelfs zo sterk dat deze lichamen reeds op grond van hun rechtsvorm in de heffing worden betrokken, ongeacht of ze wel een onderneming in materiële zin drijven! Vanuit deze structuur bezien is de vennootschapsbelasting in relatie tot de aandeelhouders-natuurlijke personen een 'echte' vennootschapsbelasting<sup>25</sup>, waarbij – althans in theorie – 'dubbele' heffing ontstaat<sup>26</sup> doordat de winstuitdelingen als winstbestedingen worden aangemerkt.<sup>27</sup> De regeling in artikel 9, eerste lid, letter h, van de Wet Vpb., inzake de coöperatieve vereniging, vormt naar mijn mening een uitzondering die deze regel bevestigt.

Met name voor concernverhoudingen kent de vennootschapsbelasting regelingen, waardoor het karakter van ondernemingsbelasting wordt benadrukt.<sup>28</sup>

Deze regelingen zijn gebaseerd op de gedachte dat de veronderstelde zelfstandigheid in ondernemingsuitoefening ontbreekt indien de onderneming (van de dochter) in feite een verlengstuk vormt van de onderneming van een ander (de moeder), m.a.w. meerdere (rechts)personen één onderneming drijven. Deze verlengstukgedachte doorbreekt dus de structuur van de 'echte' vennootschaps-

belasting. Juch heeft de verlengstukgedachte als volgt omschreven:<sup>29</sup> '... de dochtermaatschappij is een partiële voortzetting van de moedermaatschappij, zodat de winst van de dochtermaatschappij in wezen eigen winst van de moedermaatschappij is.' Deze verlengstukwinst moet derhalve niet bij de dochtermaatschappij (c.q. de coöperatie), doch bij de moedermaatschappij (c.q. het lid) worden belast. Naar het oordeel van Juch verdient het aanbeveling de verlengstukgedachte als leidend beginsel voor de deelnemingsvrijstelling en de fiscale eenheid te aanvaarden.

Het regime van de fiscale eenheid beantwoordt inderdaad aan de verlengstukgedachte — althans gezien in de relatie moeder/individuele dochter — daar de resultaten van de dochtermaatschappij volledig bij de moedermaatschappij worden belast.

De verlengstukgedachte met betrekking tot de deelnemingsvrijstelling is echter reeds in 1893 bij de totstandkoming van de Wet op de Bedrijfsbelasting verlaten. De aanvankelijk voorgestelde regeling in het wetsontwerp, waarbij de dochtermaatschappij vrijstelling genoot van bedrijfsbelasting voor uitdelingen aan de moedermaatschappij(en) werd namelijk gewijzigd in een vrijstelling voor de moedermaatschappij(en). Ik geef dan ook de voorkeur aan de opvatting van Christiaanse dat de deelnemingsvrijstelling berust op de 'ne-bis-indem' gedachte.<sup>30</sup>

De opzet van de deelnemingsvrijstelling als faciliteit die uitsluitend de moedermaatschappij betreft — zoals duidelijk blijkt uit het eerste en vijfde lid van artikel 13 Wet Vpb. —, alsmede het geringe participatievereiste van 5% (of minder!) laten naar mijn mening niet toe de verlengstukgedachte als gemeenschappelijke grondslag van de deelnemingsvrijstelling en de fiscale eenheid aan te merken. Harmonisatie van de artikelen 13 en 15 Wet Vpb. komt ook mij gewenst voor, doch niet vanuit de gedachte dat de fiscale eenheid een geperfectioneerde vorm van de deelnemingsvrijstelling zou zijn. Deze regelingen zijn in concernverhoudingen weliswaar vergelijkbaar, doch naar hun wezen niet gelijk.<sup>31</sup>

### 3. Grondslag en strekking van de fiscale eenheid

Uit de ontstaansgeschiedenis, weergegeven in de eerste paragraaf, blijkt dat bij de totstandkoming van de fiscale eenheid een 'heffing gebaseerd op een verzamelbalans voor de geheele onderneming'<sup>32</sup> werd gewenst, 'om, voor concerns als hier zijn bedoeld, de mogelijkheid te scheppen om te worden belast als één lichaam.'<sup>33</sup> Op deze wijze werd een oplossing geboden voor de door Van Loon geschetste problematiek van ondernemingen die, ter beperking van risico's, in meerdere vennootschappen zijn uitgesplitst. Zijn bezwaren tegen de individuele belastingheffing van deze vennootschappen, ondanks een zeer nauwe verbondenheid blijkend uit het bezit van alle aandelen door de moedermaatschappij, zijn ondervangen door artikel 27 Besluit WB. Als overwegingen, waarop door het bedrijfsleven een aanslagregeling op basis van een geconsolideerde balans is bepleit, noemt Lancée<sup>34</sup>, in zijn beschrijving van de voorgeschiedenis van dit artikel, dan ook onder meer:



- 'a. Bij een concern treden de dochtermaatschappijen wel naar buiten als een zelfstandige rechtspersoon op, doch in het concern genieten zij geen enkele zelfstandigheid. Zij zijn daar niet meer dan afdeelingen, waardoor het meermalen voorkomt, dat het resultaat, dat in de boeken van elke afzonderlijke dochtermaatschappij tot uiting komt, niet overeenstemt met het resultaat, dat zij zou hebben getoond, indien zij ook door het concern als zelfstandige onderneming was beschouwd. Dit kan aanleiding geven tot moeilijkheden met den fiscus, die worden vermeden bij een aanslagregeling op grondslag van een geconsolideerde balans.
- b. Bij een aanslagregeling op basis van een geconsolideerde balans vindt automatisch compensatie plaats van de verliezen en winsten van de rechtspersonen, die tot het concern behooren. Hierdoor wordt aan de compensatie van verliezen en winsten een grootere uitbreiding gegeven dan bij een aanslag van iedere maatschappij afzonderlijk mogelijk is.'

Zijn conclusie, dat de fiscale eenheid een erkenning is van het concern als economische eenheid, opgenomen op aandrang van en ter tegemoetkoming aan het bedrijfsleven, werd o.a. gedeeld door Nijst<sup>35</sup> en Verbiest.<sup>36</sup>

De spanning tussen recht en economie, doordat 'in concernverband de centrale doelstellingen worden verwezenlijkt met behulp van juridisch zelfstandige eenheden'<sup>37</sup>, wordt door de fiscale eenheid doorbroken vanuit het ondernemingsbelasting-karakter van de vennootschapsbelasting. Het was niet de bedoeling de regeling te beperken tot de horizontale verliescompensatie<sup>38</sup> – alsdan zou immers een veel beperkter opzet zijn gekozen<sup>39</sup> – doch een belastingheffing werd beoogd, gebaseerd op één totale winstberekening voor de gehele concernonderneming door middel van een fiscale consolidatie van de vermogensbestanddelen der betrokken vennootschappen. Genoemde spanning manifesteert zich het duidelijkst bij het volledig geïntegreerde concern. Bij deze concernstructuur bereikt de fiscale verlengstukgedachte haar zenit<sup>40</sup>, daar de (klein)dochtermaatschappijen hun economische zelfstandigheid geheel hebben verloren, zodat van (een zekere mate van) zelfstandige ondernemingsuitoefening geen sprake is. Uit de hiervóór vermelde literatuur en wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever juist voor deze concernvorm het regime van de fiscale eenheid in het leven heeft geroepen. De doorbraak van de concernproblematiek vond echter plaats in een tijd waarin een meer algemene juridische basis hiervoor ontbrak en de wetenschappelijke benadering nog in de kinderschoenen stond. Naar mijn mening moet thans – ruim 40 jaar later – de hierboven weergegeven beperkte visie op de concernverhouding als achterhaald worden beschouwd en zal, uitgaande van de gezamenlijke concernonderneming als grondslag van de regeling, bij het huidige concernbegrip<sup>41</sup> moeten worden aangesloten (hoofdstuk IV bevat een nadere uitwerking van deze problematiek). Hierbij zou als criterium kunnen gelden de mate waarin de moedermaatschappij (de centrale leiding) wezenlijke activiteiten op bestuurlijk, beleidsvormend en/of financieel terrein verricht ten aanzien van de dochtermaatschappij(en) ten behoeve van de gezamenlijke ondernemingsuitoefening.<sup>42</sup>

Een conglomeraat, waarbij de financiële coördinatie, die de centrale leiding van het conglomeraat tot stand brengt, het enige raakvlak is van de tot het con-



glomeraat behorende vennootschappen<sup>43</sup>, zal derhalve door het ontbreken van een gezamenlijke onderneming, naar de rechtsgrond van het regime beoordeeld, geen fiscale eenheid kunnen vormen.

Toepassing van het fiscale-eenheidsregime op het conglomeraat leidt bovendien tot verstoring van de concurrentieverhoudingen. Verliesgevende ondernemingen, die deel uitmaken van een conglomeraat, kunnen op deze wijze langer in stand worden gehouden dan andere verliesgevende ondernemingen. De winstgevende 'zustermaatschappijen' krijgen immers als gevolg van de horizontale verliescompensatie in feite een belastingreductie, die zij aan de verliesgevende maatschappijen zullen doorspelen.

Hoewel onder de werking van artikel 27 Besluit WB aanvankelijk het regime werd geweigerd indien de activiteiten van de moeder- en dochtermaatschappij(en) niet in elkaars verlengde lagen, heeft het Ministerie van Financiën in de loop der vijftiger jaren deze eis laten vervallen. Thans is dan ook in de praktijk soms geen sprake van een onderling verband in de ondernemingsuitoefening.<sup>44</sup> Hieruit kan worden afgeleid dat, naar de opvatting van de administratie, bij een volledige aandelenparticipatie het onweerlegbare rechtsvermoeden van een gezamenlijke concernonderneming bestaat, zodat geen materiële toetsing van het concernverband kan plaatsvinden. De tekst van artikel 15 Wet Vpb., waarin in tegenstelling tot het verwante artikel 40 Wet IB geen materiële kenmerken van het concernverband zijn opgenomen, biedt naar mijn oordeel in voldoende mate steun aan deze opvatting.

Naar mijn mening moeten de hiervóór genoemde criteria alsnog in de tekst van artikel 15 Wet Vpb. worden verankerd, ten einde de hiervóór bepleite materiële toetsing van de feitelijke concernverhouding<sup>41</sup> mogelijk te maken.

Naast genoemde beperkte visie ten aanzien van het concernkarakter vormt vooral de structuur van de vennootschapsbelasting een verklaring voor de vormgeving van de fiscale eenheid. De vennootschapsbelasting is immers sterk subject-gericht, vanuit de veronderstelde zelfstandigheid der lichamen. Het begrip lichaam wordt echter als zodanig niet nader in de Wet Vpb. gedefinieerd.

De wetgever geeft daarentegen in de artikelen 2 en 3 van de Wet Vpb. een limitatieve opsomming van de belastingsubjecten, waarbij de juridische vorm beslissend is. Hierbij worden lichamen, die rechtspersoonlijkheid bezitten, uitsluitend op grond van hun rechtspersoonlijkheid als belastingsubject aangemerkt. Zwemmer<sup>45</sup> heeft het feit dat de rechtspersoonlijkheid op zich voldoende blijkt te zijn om de rechtspersoon een afzonderlijke fiscale positie te geven, fiscaalrechtelijk de meest opvallende karaktertrek van de rechtspersoon genoemd.

Bij het concern was aanwijzing als belastingsubject niet mogelijk, daar het concern geen eigen rechtsvorm bezit. Door een fusie te fingeren werd dit structurele probleem opgelost, daar dusdoende uitsluitend de moedermaatschappij in aanmerking wordt genomen en de rechtspersoonlijkheid van de dochtermaatschappij(en) wordt genegeerd. In de volgende paragraaf zal dit laatste aspect nader worden uitgewerkt.

## 4. De reikwijdte van de fictieve fusie

### 4.1. De subjectieve belastingplicht van de dochtermaatschappij

De aanvankelijk in de doctrine vrij algemeen gehuldigde opvatting dat in fiscale zin de fusie net zo volledig tot stand komt 'alsof' het een civielrechtelijke fusie zou betreffen, impliceert dat de dochter niet langer subjectief belastingplichtige zou zijn. Over de invloed van het concernverband op de subjectieve- en objectieve belastingplicht van de concernmaatschappij(en) zijn vooral in Duitsland verscheidene theorieën ontwikkeld als dogmatische basis voor het reeds kort na de Eerste Wereldoorlog in de rechtspraak ontwikkelde begrip 'Organschaft'.

Deze theorieën verschillen uiteraard vooral door de mate waarin zij belang (blijven) hechten aan de zelfstandigheid van de onderworpen concernmaatschappijen. De inhoud van de voornaamste theorieën kan als volgt kort worden samengevat:

De *Bilanzierungstheorie* is gebaseerd op de gedachte dat binnen een concern de afzonderlijke maatschappijen ondanks het concernverband zowel hun subjectieve- als objectieve belastingplicht geheel behouden. Resultaten, die daadwerkelijk door de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij ter beschikking worden gesteld, worden echter bij de moedermaatschappij belast en vormen voor de dochtermaatschappij aftrekbare kosten.

Bij de *Zurechnungstheorie* wordt het inkomen van de onderworpen dochtermaatschappij gesplitst in een deel dat aan de moedermaatschappij wordt toegerekend en een deel dat bij de dochtermaatschappij zelf wordt belast.

In de huidige *Organschaftstheorie* (als variant van de *Zurechnungstheorie*) is deze splitsing in principe komen te vervallen. De dochtermaatschappij behoudt weliswaar formeel haar subjectieve- en objectieve belastingplicht, doch, met uitzondering van de betalingen uit hoofde van een dividendgarantie aan minderheidsaandeelhouders, wordt haar gehele inkomen aan de moedermaatschappij uitgekeerd, nadat dit inkomen afzonderlijk is bepaald. Intercompany transacties blijven derhalve relevant.

In de *Einheitstheorie* verliest de dochtermaatschappij zowel haar subjectieve- als objectieve belastingplicht. Het concern als zodanig vormt één belastingplichtige, die zelfstandig het fiscale resultaat bepaalt, waarbij intercompany transacties niet relevant zijn.

De fiscale eenheid werd, in de voorheen heersende opvatting over het wezen van de fiscale fusie, gezien als een uiting van de *Einheitstheorie*. Deze opvatting was ook in de standaardvoorwaarden (toegepast in de periode 1941 t/m 1969) terug te vinden, getuige de sprongenbalansen bij voeging<sup>46</sup>, uitgaande van de gedachte dat de fiscale fusie in fiscale zin liquidatie van de dochtermaatschappij(en) zou inhouden.

In deze visie zou fiscaalrechtelijk niet langer van een concern kunnen worden gesproken, omdat het groepsverband is weggedacht. De fiscale fusie zou de in concernverband gedreven onderneming fiscaal converteren in een eenheidsonderneming van de moedermaatschappij, zodat ten aanzien van de niet langer



aan de vennootschapsbelasting onderworpen dochtermaatschappijen in beginsel eindafrekening noodzakelijk zou zijn (zie § 4.2 hierna).

Een andere visie op de fictie blijkt echter uit het arrest HR 22 februari 1956, BNB 1956/132: '... dat het fictief "opgaan" in de moedermaatschappij veeleer inhoudt, dat de bezittingen en schulden van de dochtermaatschappij voortaan rechtstreeks aan de moedermaatschappij worden toegerekend, zodat de dochtermaatschappij fiscaal geen winst meer behaalt, noch verlies lijdt, en de uitkomsten van haar bedrijfsvoering voortaan fiscaal uitsluitend de moedermaatschappij aangaan' en: '... dat moet worden aangenomen, dat, voor zover het tegendeel niet voortvloeit uit enig wettelijk voorschrift of uit de voorwaarden, door de Minister van Financiën aan de fusie verbonden, de omstandigheden welke zonder fusie bepalend of mede bepalend zouden zijn geweest voor de belastingheffing ten aanzien van de dochtermaatschappij, na de fusie op overeenkomstige wijze bepalend of mede bepalend worden voor de belastingheffing ten aanzien van de moedermaatschappij'.

In dit arrest neigt de Hoge Raad naar mijn oordeel meer naar de toerekeningstheorieën. De fusie heeft slechts betrekking op het belastingobject — is derhalve in hoofdstuk II van de Wet Vpb. opgenomen — en tast dus de subjectieve belastingplicht van de betrokken vennootschappen niet aan.

In zijn noot onder dit arrest vergeleek Tekenbroek de positie van de dochtermaatschappij met die van een gehuwde vrouw, wier inkomsten geacht worden alleen de man te betreffen.<sup>47</sup> Smeets sloot zich hierbij aan en stelde dat de dochtermaatschappij wel subjectief-, doch niet langer objectief belastingplichtig was, daar het object van de heffing aan de moedermaatschappij werd toegerekend.<sup>48</sup>

Ik deel deze opvatting, die thans als de heersende mening kan worden aangemerkt.<sup>49</sup> Smeets' stelling dat de standaardvoorwaarden nog op de liquidatiegedachte zijn gebaseerd, gaat na 1969 niet meer op. Thans duiden de woorden 'weder afzonderlijk belastingplichtig' in de standaardvoorwaarden niet op het ontbreken bij de gevoegde dochtervennootschap van belastingplicht in subjectieve zin, doch op het ontbreken van belastingplicht in objectieve zin. Dit kan o.a. worden afgeleid uit de eerste standaardvoorwaarde. Waarderingsprongen komen thans in principe niet meer voor<sup>46</sup>, daar de vermogensbestanddelen niet (langer) geacht worden te zijn vervreemd. Zij worden slechts toegerekend aan de moeder.

De visie van de Hoge Raad op het fictieve karakter van de fiscale fusie laat naar mijn mening voldoende ruimte voor de stelling dat de economische onzelfstandigheid van de dochtermaatschappij(en) een onvoldoende grond vormt om de civielrechtelijke zelfstandigheid te negeren. Uit dit laatste vloeien immers eigen rechten en plichten voor de dochtermaatschappij(en) voort (zoals bijvoorbeeld het recht op subsidie, de aansprakelijkheid jegens derden en het ontslagrecht), die veelal bewust gewild zijn en die van invloed kunnen zijn op de bedrijfsvoering en dus op de winst.

De mening van Verburg, dat de fictie ten onrechte een onwerkelijke situatie zou suggereren<sup>50</sup>, kan ik niet delen. De fiscale eenheid is echt, maar de fusie komt niet werkelijk tot stand.

#### 4.2. *Relativering van de rechtspersoonlijkheid?*

Uit § 4.1 kan de conclusie worden getrokken, dat bij toepassing van het regime van de fiscale eenheid de formele juridische zelfstandigheid van de dochtermaatschappij fiscaalrechtelijk (tijdelijk) genegeerd wordt. Uitsluitend voor de heffing van de vennootschapsbelasting wordt rekening gehouden met de economische onzelfstandigheid van de dochtermaatschappij. In dit opzicht zou de fiscale eenheid een relativering van de rechtspersoonlijkheid der concernmaatschappijen inhouden.<sup>51</sup>

Ik acht dit te sterk uitgedrukt. De regeling heeft immers uitsluitend betrekking op het belastingobject. De subjectieve belastingplicht, gebaseerd op de rechtspersoonlijkheid, blijft formeel in stand, doch verliest haar effectieve kracht. Ik zou dan ook liever willen spreken van 'relativering van de subjectieve belastingplicht' en het begrip relativering van de rechtspersoonlijkheid willen reserveren voor civielrechtelijke inbreuken op het beginsel van de rechtspersoonlijkheid.<sup>52</sup> De visie is echter dezelfde; de reële onzelfstandigheid van de vennootschap dient boven de formele juridische zelfstandigheid te prevaleren, indien zwaarwegende belangen hiertoe noodzaken.<sup>53</sup>

Het instituut van de fiscale eenheid houdt echter slechts rekening met het belang van de betreffende belastingsubjecten, daar het regime uitsluitend op hun verzoek tot stand komt.

Van Tuijl<sup>54</sup>, die de fiscale eenheid tot de 'Durchgriff'-bepalingen rekent, heeft gepleit voor 'Durchgriff'-bepalingen ook ten behoeve van de fiscus, zulks ter bestrijding van het ontgaan en het ontduiken van belasting door misbruik van de juridische zelfstandigheid. Gezien de opzet van dit geschrift wordt in dit kader (in hoofdstuk II) volstaan met de behandeling van de vraag of het regime van de fiscale eenheid eventueel verplicht zou moeten worden gesteld.

#### 4.3. *Is bij de totstandkoming van de fiscale eenheid artikel 16 Wet IB van toepassing?*

Artikel 16 Wet IB luidt:

'Voordelen uit onderneming welke niet reeds op de voet van de artikelen 9 tot en met 15 in aanmerking zijn genomen, worden gerekend tot de winst van het kalenderjaar waarin degene voor wiens rekening de onderneming wordt gedreven, ophoudt uit de onderneming binnen het Rijk belastbare winst te genieten. Voor de toepassing van Hoofdstuk VA worden alsdan de bedrijfsmiddelen geacht aan de onderneming te zijn onttrokken.'

In de Korte Toelichting Wet IB (§ 15, eerste lid) wordt medegedeeld dat de wetgever met bovenstaand artikel 16 Wet IB wil voorkomen dat in de onderneming geaccumuleerde verborgen winsten in de toekomst aan de belastingheffing zullen ontsnappen. Gedacht is aan vertrek naar het buitenland met medeneming van het bedrijf, aan verplaatsing van de onderneming naar het buitenland, terwijl de ondernemer binnen het Rijk blijft wonen<sup>55</sup> en – speciaal voor de vennootschapsbelasting – het intreden van een subjectieve vrijstelling. Voorts is



het artikel van toepassing bij huwelijk van de vrouw-ondernemer, indien haar man de onderneming voortzet.

De opvatting dat bij de totstandkoming van de fiscale eenheid de dochtermaatschappij geacht moet worden te zijn opgehouden binnen het Rijk belastbare winst te genieten en dus op de voet van artikel 16 Wet IB eindafrekening noodzakelijk zou zijn, zou hebben gepast in de – zoals hiervóór is aangetoond: achterhaalde – liquidatieopvatting.

Het tot stand komen van de fiscale eenheid betekent immers niet dat de onderneming voor rekening en risico van een ander wordt gedreven – zoals na een huwelijk een voor rekening van de vrouw gedreven onderneming door de man wordt gedreven. Er is slechts sprake van een (tijdelijke) toerekening, vergelijkbaar met de voorheen geldende toerekening aan de man van de resultaten ener onderneming, die vóór en na het sluiten van het huwelijk voor rekening van de vrouw bleef. Daardoor werd evenmin een afrekening opgeroepen. Ten slotte is er geen sprake van in de onderneming geaccumuleerde winsten, die mogelijk in de toekomst aan de belastingheffing zullen ontsnappen. Hiertegen waken de nader gestelde voorwaarden.<sup>56</sup>

## 5. De aandelenparticipatie

### 5.1. De betekenis van 'alle aandelen'

Gezien de arresten HR 23 januari 1974, BNB 1974/132 en HR 23 januari 1974, BNB 1974/133, betreffende de bepaling van het aanmerkelijk belang, zal ook voor de fiscale eenheid gelden, dat onder aandelen elke vorm van deelgerechtigheid tot het nominaal gestorte kapitaal van de dochtermaatschappij zal moeten worden verstaan. Tot 'alle aandelen' behoren dus zowel de gewone- als de (cumulatief) preferente- en de prioriteitsaandelen. Sneep<sup>57</sup> komt tot dezelfde conclusie en constateert dat hierin tevens een belangrijk nadeel op het gebied van de financieringsmogelijkheden voor fiscale eenheden ligt, dat slechts door wetswijziging kan worden opgelost. Genoemde financieringsvorm is vooral thans wenselijk teneinde enig evenwicht te brengen in de verhouding eigen/vreemd vermogen, waardoor de (voor veel ondernemingen veel te hoge) rentedruk zou kunnen worden verlicht.<sup>58</sup> Het onderhavige vereiste vormt echter niet slechts een hinderpaal voor bankparticipatie, doch ook voor de in zwang komende 'deelnemingenbeleggingsmaatschappijen', die 5% participaties nastreven, en zelfs voor de, in artikel 47b, lid 2, Wet IB bedoelde, participatiemaatschappijen.

In de praktijk is gebleken dat de in bovenvermelde jurisprudentie gegeven interpretatie van het begrip aandelen er toe kon leiden dat het financiële belang niet (meer) volledig in handen van de moedermaatschappij was, doch geconcentreerd kon zijn in 1% aan derden toebehorende gewone aandelen, die gerechtigd waren tot de gehele overwinst, terwijl de 99% aandelenparticipatie van de moedermaatschappij uitsluitend bestond uit 'preferente' aandelen met slechts beperkte rechten op vermogen en resultaat van de dochtermaatschappij. Met



een beroep op het rechtsvermoeden van 'daadwerkelijke' eenheid, dat aan het regime van de fiscale eenheid ten grondslag ligt, werd het vereiste bij de Resolutie van 27 februari 1976 (BNB 1976/119) verscherpt, zodat thans aan het vereiste van 'alle' aandelen slechts dan is voldaan indien de moedermaatschappij in het bezit is van tenminste 99% van het geplaatste en gestorte aandelenkapitaal in de dochtermaatschappij, met dien verstande dat het ontbrekende aandeel of de ontbrekende aandelen te zamen niet meer rechten mogen geven op het vermogen of de winst van die dochtermaatschappij dan overeenkomt met 1% van dit vermogen of die winst. Zoekgeraakte aandelen – een constatering die men mijns inziens aan de hand van mislukte pogingen tot achterhaling hard moet maken<sup>59</sup> – mogen buiten beschouwing blijven. In de resolutie staat vermeld, dat de aanvankelijke interpretatie zal blijven gelden voor bestaande fiscale eenheden, zolang geen wijziging in de bestaande verhouding tussen de verschillende soorten aandelen optreedt welke tot gevolg zou hebben, dat deze verhouding zich ten nadele van het thans ingenomen standpunt zou wijzigen. Gebleken is dat de nieuwe interpretatie wel geldt voor fiscale eenheden waarvoor het verzoek is ingediend vóór de verschijningsdatum van de resolutie.<sup>60</sup> Uit de genoemde resolutie blijkt, dat het vereiste ten aanzien van alle soorten aandelen geldt, juist om het ontgaan van de strekking van deze bepaling te voorkomen. Indien de moedermaatschappij geen 99% van het aandelenkapitaal of van een bepaald soort aandelen kan verwerven, meent de Vakstudie vennootschapsbelasting<sup>61</sup> dat mogelijk emissie van aandelen uitkomst kan bieden, indien deze emissie uitsluitend bij de moedermaatschappij wordt geplaatst. Het nieuwe artikel 96a Boek 2 BW bevat echter een voorkeursrecht bij uitgifte van aandelen voor iedere aandeelhouder naar evenredigheid van het gezamenlijke bedrag van zijn aandelen, zodat deze oplossing slechts kan worden toegepast met medewerking van de mede-aandeelhouder(s).

Binnenkort zal het probleem van de 'onwillige' minderheids-aandeelhouder(s) op enigszins omslachtige wijze kunnen worden opgelost door gebruik te maken van de juridische fusie. Ingevolge de (in het wetsontwerp nr. 16 453 voorgestelde) nieuwe artikelen 311 e.v. Boek 2 BW zullen onwillige aandeelhouders door de meerderheid gedwongen kunnen worden aandeelhouders te worden in de verkrijgende vennootschap. De dochtermaatschappij verliest hierbij weliswaar haar juridische zelfstandigheid, doch artikel 15 Wet Vpb. biedt de mogelijkheid om ná de juridische fusie weer tot afsplitsing over te gaan van de gefusioneerde onderneming(sactiviteit) in een nieuw opgerichte 100%-dochtermaatschappij, die vanaf de juridische oprichtingsdatum een fiscale eenheid zal vormen met de moedermaatschappij.<sup>62</sup>

## 5.2. *Het bezitsvereiste*

Uit de Resolutie van 25 september 1970 (BNB 1970/223) blijkt dat naar de opvatting van de belastingadministratie de term 'bezit' zowel de juridische als de economische eigendom impliceert. Men kan zich afvragen of een dergelijk stringent eigendomsvereiste wel besloten kan liggen in de (civiel)juridisch vrij

zwakke term bezit. Letterlijke interpretatie zou kunnen leiden tot een ontkenning. Artikel 585 van het BW verstaat immers onder bezit: 'het houden of genieten eener zaak, welke iemand, of in persoon, of door een ander, in zijne magt heeft, als of zij hem toebehoorde'. Bezit is de feitelijke macht over een zaak, die lang niet altijd op juridische of economische eigendom zal berusten.<sup>63</sup>

Gezien het karakter van de fiscale eenheid als concernregeling, deel ik de veronderstelling van Verburg<sup>64</sup> dat de fiscale eenheid slechts tot stand komt op basis van het aandeelhouderschap. Een begrip dat, naast de juridische eigendom, ook de economische eigendom zal omvatten.<sup>65</sup> Van een gezamenlijke ondernemingsuitoefening onder uniforme leiding, in een concernverhouding zoals getypeerd in de eerste regels van deze studie, zal immers eerst sprake kunnen zijn als de moedermaatschappij zowel de zeggenschap als een financieel belang heeft in de dochtermaatschappij(en). De volledige onzelfstandigheid van de dochtermaatschappij(en) ten opzichte van de moedermaatschappij, die de fictieve fusie impliceert, laat geen ruimte voor enige zeggenschap van derden.

Uitgaande van het, aan artikel 15 Wet Vpb. te ontleen, rechtsvermoeden dat de zeggenschap uitsluitend voortvloeit uit (het stemrecht verbonden aan) de aandelenparticipatie, lijkt de interpretatie, waarin het bezit geacht wordt de volledige juridische eigendom te impliceren, te passen in de huidige opzet van de fiscale eenheid. Echter in die gevallen waarin weliswaar de juridische eigendom overgaat, doch de moedermaatschappij het stemrecht (contractueel) weet te behouden, acht ik het vereiste te stringent. Hierbij valt te denken aan gevallen waarbij fiduciaire eigendomsoverdracht van aandelen (bijv. aan een bank) heeft plaatsgevonden.

Voorts vereist de in de plaats stelling van het ondernemingsvermogen van de dochtermaatschappij voor de aandelenparticipatie in de betreffende dochtermaatschappij, als gevolg van de fictieve fusie, een volledig financieel belang in die dochtermaatschappij. Vandaar de eis van de volledige economische eigendom. Indien daarentegen de beslissende zeggenschap ontbreekt, zal ook indien de economische eigendom wel in handen van de moedermaatschappij is, niet aan de 'bezitseis' zijn voldaan; bijvoorbeeld ingeval van certificering van de aandelen, waarbij de topmaatschappij slechts de certificaten bezit, tenzij de moedermaatschappij tevens de feitelijke zeggenschap bezit doordat haar directieleden het bestuur van het administratiekantoor vormen.

De Commissie voor de bestudering van de fiscale problemen rondom fusies<sup>66</sup> is eveneens van mening dat een fiscale eenheid mogelijk moet zijn, indien de moeder door haar gerechtigheid tot de aandelen alle noodzakelijke beslissingen in de dochter *kan* nemen, mits ook *vermogensrechtelijk* het belang geheel bij eerstgenoemde is.

Nuanceringen als hier omschreven worden echter in de praktijk van het ministerie niet aangebracht. De bepaling van de economische eigendom los van de juridische eigendom zou op te veel problemen stuiten. Voornamelijk op praktische gronden<sup>67</sup> wordt dus zowel de juridische- als de economische eigendom vereist. Het pandrecht, door de koper verstrekt aan de verkoper tot zekerheid voor de voldoening van de koopsom, heeft echter niet tot gevolg dat daardoor niet wordt voldaan aan dit vereiste.



Genoemde departementale opvatting acht ik te beperkt, daar een interpretatie naar de strekking mijns inziens moet leiden tot nuanceringen, zoals hiervóór besproken.

Wel is in de praktijk een voeging van moeder- en dochtervennootschap mogelijk, indien de moedermaatschappij slechts de economische eigendom der aandelen in de dochtermaatschappij bezit, doch de verkrijging van de juridische eigendom op (zeer) korte termijn voldoende gewaarborgd is.<sup>68</sup>

Het aandelenbezit van een *gevoegde* dochtermaatschappij geldt als bezit van de moedermaatschappij<sup>69</sup>, hetgeen de concernopbouw stellig bevordert. Een consequentie hiervan is, dat overdracht van aandelen van gevoegde maatschappijen binnen de fiscale eenheid niet leidt tot ontvoeging. Dit is wel het geval bij fiscale eenheden die onder artikel 27 Besluit WB tot stand gekomen zijn, gezien de inhoud van de eerste standaardvoorwaarde, die toen werd gesteld.<sup>70</sup> In laatstgenoemde situatie kan splitsing worden voorkomen door aan de minister wijziging te vragen van de voorwaarden, door opname van de zogenaamde aanpassingsvoorwaarde.<sup>71</sup>

### 5.3. Geen duurzaamheidsvereiste

Duurzaamheid, in de zin van op continuïteit ingesteld, is eigen aan het ondernemingsbegrip.<sup>72</sup> De concernverhouding zal een duurzaam karakter moeten dragen teneinde aan haar economische doelstelling te kunnen voldoen. Kortstondige combinaties zullen om andere redenen ontstaan; waarbij ik denk aan beleggingsdoelstellingen en aan onbedoeld gebruik (vanuit de ratio beschouwd) van het regime van de fiscale eenheid. Vandaar dat in het verleden het regime werd geweigerd, indien de verwachting bestond dat duurzaamheid zou ontbreken.<sup>73</sup>

Thans laat het imperatieve karakter van artikel 15 Wet Vpb. ook t.a.v. dit aspect weigering van het regime niet toe. Wel wordt in de standaardvoorwaarden, die misbruik van het regime pogen te bestrijden, verband gelegd tussen het moment waarop de litigieuze handeling plaatsvond en het verbreken van de fiscale eenheid.<sup>74</sup>

De mening van Hof<sup>75</sup> en Van Tuijl<sup>76</sup> dat de fiscale eenheid in beginsel als blijvende eenheid bedoeld is, gaat mij echter te ver. Een dienovereenkomstige eis zou de concernstructuur te veel kunnen verstarren. De huidige volledige keuzevrijheid, voortvloeiend uit het woord 'zolang' in de tekst van artikel 15 Wet Vpb., vormt echter een ander uiterste. Hierdoor komen in de praktijk fiscale eenheden voor, die korter dan één jaar (in uitzonderingssituaties soms slechts enkele dagen) duren!

Het duurzaamheidsvereiste kan op verschillende wijzen in de wetstekst worden opgenomen. Verburg<sup>77</sup> heeft een oplossing bepleit in de geest van de door de jurisprudentie ontwikkelde leer met betrekking tot de stelselwijziging. Van Tuijl<sup>76</sup> en Juch<sup>78</sup> zouden in artikel 15 Wet Vpb. een (in tijdsduur verschillende) minimumperiode opgenomen willen zien. Reuvers<sup>79</sup> meent dat het regime van de fiscale eenheid verplicht zou moeten worden gesteld.

In hoofdstuk II volgt m.b.t. deze problematiek een standpuntbepaling.

## 6. Beperkende voorwaarden

### *6.1. De fiscale eenheid is voorbehouden aan naamloze vennootschappen en/of besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid*

#### *6.1.1. De rechtsvorm*

Artikel 27 Besluit WB bevatte ten aanzien van de rechtsvorm van de moedermaatschappij geen beperkingen. Alle belastingplichtigen konden van het regime gebruik maken. Wel bepaalde dit artikel dat als dochtermaatschappij slechts naamloze vennootschappen fictief met deze belastingplichtigen konden fuseren. In de huidige regeling worden alle belastingplichtigen, die niet de rechtsvorm van NV of BV bezitten van de fiscale eenheid uitgesloten. Deze vergaande beperking werd aanvankelijk uitsluitend verdedigd met de stelling: 'zulks aangezien gebleken is dat alleen voor naamloze vennootschappen daaraan een werkelijke behoefte bestaat.'<sup>80</sup>

In het rapport van de Commissie voor de bestudering van de fiscale problemen rondom fusies wordt ten aanzien van dit punt opgemerkt, dat de Commissie de (hiervóór geciteerde) motivering ondeugdelijk acht. Faciliteiten waarop een lichaam volgens de bepalingen der wet geen beroep kan doen, zullen haars inziens in het algemeen niet worden gevraagd, zodat de behoefte niet nauwkeurig kan worden gepeild, terwijl enkele leden van de Commissie uit eigen wetenschap bekend was, dat bedoelde behoefte bij verscheidene belastingplichtigen als een noodzaak werd ervaren.<sup>81</sup> De opmerking van de Commissie acht ik niet terecht.

De motivering in de MvT had betrekking op de voorafgaande periode, waarin onder de werking van artikel 27 Besluit WB ook andere lichamen dan naamloze vennootschappen een beroep op de bepaling konden doen, zodat wel degelijk in de praktijk de behoefte had kunnen blijken. Tijdens de verdere parlementaire behandeling werd de argumentering aangevuld met de overweging, dat *bovendien* samenvoeging van qua rechtsvorm verschillende lichamen door verschil in fiscaal regime zou leiden tot ongewenste consequenties. Zo zou de samenvoeging van een NV met een coöperatie tot resultaat hebben, dat de winst van de NV als gevolg van het bijzondere fiscale regime van de coöperaties niet meer integraal zou kunnen worden belast.<sup>82</sup> Dat ook binnen de groep der NV's (later ook BV's) verschillende fiscale regimes mogelijk zijn (één der NV's of BV's kan bijvoorbeeld een fiscale beleggingsinstelling zijn), werd in deze fase waarschijnlijk nog niet onderkend. Het feit dat deze problematiek niet geleid heeft tot wijziging van het eerste lid, doch later in een afzonderlijk tweede lid werd geregeld<sup>83</sup>, duidt naar mijn overtuiging erop dat de wetgever zijn aanvankelijke motivering trouw gebleven is. Volgens Verburg<sup>84</sup> wordt door de zinsnede 'naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid' een schijnexclusiviteit opgeroepen. Hij is van mening dat het later toegevoegde materiële criterium in lid 2 dient te prevaleren. Deze mening kan ik niet onderschrijven. Het tweede lid vormt een nadere beperking ten opzichte van het eerste lid; van tegenstrijdigheid kan dus geen sprake zijn. In bedoelde leden worden verschillende criteria gegeven, welke naar mijn oordeel zelfstandig



moeten worden gehanteerd, hetgeen tot de conclusie leidt dat aan beide criteria dient te worden voldaan.

De Commissie voor de bestudering van de fiscale problemen rondom fusies stelt:<sup>81</sup> 'Naar het oordeel van de Commissie kunnen, behalve binnen het Rijk gevestigde naamloze vennootschappen of besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, eveneens als moedermaatschappij optreden binnen het Rijk gevestigde onderlinge verzekeringsmaatschappijen, stichtingen en verenigingen, voor zover zij een onderneming uitoefenen, coöperatieve verenigingen met leden rechtspersonen en fondsen voor gemene rekening.'

Bij de bespreking van het rapport werd gesteld<sup>85</sup>, dat aan verruiming van het vereiste in de praktijk grote behoefte bestaat. Ook naar mijn mening moet de onderhavige voorwaarde worden verruimd. Het kan immers voorkomen dat een concern, waarvan een coöperatieve vereniging deel uitmaakt, bepaald geen onlogische of ongewenste structuur vormt.<sup>86</sup> Indien de fiscale regimes gelijk zijn (waarvoor het tweede lid van artikel 15 Wet Vpb. waakt) zullen de rechtsvormen in principe kunnen verschillen.

Ik zie niet in waarom in dit opzicht artikel 15 beperkter zou moeten zijn dan de concernregeling in artikel 14 Wet Vpb. Integendeel, artikel 14 Wet Vpb. bevat immers eveneens de beperking dat: 'voor het bepalen van de winst bij beide belastingplichtigen dezelfde bepalingen van toepassing zijn.' Bijgevolg bevat deze regeling in het tweede lid eenzelfde ontheffingsbevoegdheid voor de minister als de ontheffingsbevoegdheid geregeld in het derde lid van artikel 15 Wet Vpb., die in § 6.2 zal worden besproken.

### 6.1.2. De nationaliteit

De beperking tot NV's en/of BV's houdt niet slechts in dat het regime uitsluitend voor aandelenvennootschappen openstaat, doch tevens dat deze *naar Nederlands recht* moeten zijn opgericht, zodat soortgelijke naar buitenlands recht opgerichte kapitaalvennootschappen, zoals de AG, de GmbH, de SA en de (Antilliaanse) NV, die in Nederland gevestigd zijn, niet van artikel 15 Wet Vpb. gebruik kunnen maken. Naar mijn mening is dit ook de bedoeling van de wetgever geweest. Indien hij tevens de naar buitenlands recht opgerichte vennootschappen onder dit regime had willen brengen, dan zou hij een andere formulering moeten hebben gekozen, bijvoorbeeld die van artikel 2, lid 1, letter a, Wet Vpb.: 'vennootschappen welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld'. Gezien het onderscheid dat artikel 2 Wet Vpb. in lichamen maakt, laat de gekozen formulering mijns inziens geen ruimte om buitenlandse lichamen tot het regime toe te laten. Onder het besluit was zodanige beperking ten aanzien van de rechtsvorm van de moedermaatschappij niet in de tekst van artikel 27 te lezen, daar het regime toen gold voor 'een lichaam als bedoeld is bij artikel 1', zodat, gezien deze tekst, samenvoeging van een binnenlandse dochter-NV met een buitenlandse moeder-AG (etc.), mits binnenlands belastingplichtig, mogelijk was.

Bij mijn weten werd een zodanige beperking ook niet in de praktijk aangebracht. De opmerking van Rijks<sup>87</sup> dat onder de vigeur van artikel 27 Besluit WB

3-1/91  
331



in latere jaren stevast de goedkeuring werd onthouden aan fiscale eenheden bestaande uit een hier te lande belastingplichtige buitenlandse moeder en (een) binnenlandse dochter(s), lijkt mij dan ook niet juist.

De huidige uitsluiting van niet naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen is in strijd met het non-discriminatiebeginsel, o.m. vastgelegd in het eerste lid van artikel 1 van de Belastingregeling voor het Koninkrijk. De vennootschapsbelasting kan immers door het ontbreken van een fiscale eenheid voor niet naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen drukkender zijn dan voor naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen.<sup>88</sup> In de praktijk wordt echter nog steeds door de belastingadministratie in incidentele gevallen toegestaan dat een hier te lande gevestigde, naar buitenlands recht opgerichte moedermaatschappij een fiscale eenheid vormt met één of meer NV's of BV's als dochtermaatschappij(en)<sup>89</sup>, mits de feitelijke leiding zich hier te lande bevindt. In deze gevallen wordt de bijzondere voorwaarde gesteld dat de eenheid mede eindigt wanneer de leiding van de moedermaatschappij naar het buitenland wordt overgebracht.<sup>90</sup> Zelfs als de buitenlandse moedermaatschappij hier alleen een vaste inrichting heeft wordt het regime soms toegestaan, mits de deelnemingen tot het binnenlands ondernemingsvermogen behoren.<sup>89</sup>

Uit het arrest HR 10 maart 1982, BNB 1982/127, blijkt dat in deze gevallen de fiscale eenheid eindigt met ingang van het jaar waarin de vaste inrichting een einde neemt. Alsdan wordt immers niet langer voldaan aan het bezitsvereiste (uiteengezet in § 5.2). In zijn noot bij dit arrest vestigt Den Boer, naar mijn mening ten onrechte, de indruk dat de mogelijkheid om een fiscale eenheid tot stand te brengen tussen een in Nederland gevestigde vaste inrichting van een buitenlandse kapitaalvennootschap en een door deze vennootschap gehouden Nederlandse dochtermaatschappij, slechts onder het Besluit Vpb. mogelijk was.

Wel zal naar mijn mening de hiervóór beschreven praktijk weer, zoals vóór 1970, voldoende steun moeten vinden in de wetstekst, omdat thans deze handelwijze in strijd is met de, op dit punt duidelijke, tekst van artikel 15 Wet Vpb. De in dit kader gestelde voorwaarden zijn overigens wel voor beide partijen bindend. Gezien de jurisprudentie t.a.v. de beginselen van behoorlijk bestuur moet de overheid thans ook gebonden worden geacht bij handelen in strijd met de wet. De goede trouw tussen partijen brengt naar mijn oordeel mee dat ook de belastingplichtige zal zijn gebonden aan deze publiekrechtelijke overeenkomst (zie nader § 8).

#### *6.2. Voor het bepalen van de winst moeten bij beide belastingplichtigen dezelfde bepalingen van toepassing zijn*

Het tweede lid is, zoals in de vorige paragraaf vermeld, aan het oorspronkelijke artikel toegevoegd, teneinde te voorkomen dat voeging van NV's en/of BV's met een verschillend fiscaal regime tot ongewenste fiscale consequenties zou leiden. De fiscale eenheid brengt immers met zich mee, dat alle fiscaal relevante hoedanigheden en omstandigheden, van invloed op de winstberekening van de

inmiddels gevoegde vennootschappen, worden toegerekend aan de combinatie.

Tijdens de parlementaire behandeling werd als voorbeeld gegeven de NV, waarvoor geen bijzondere regels gelden, die een fiscale eenheid zou willen vormen met een fiscale beleggingsinstelling ex artikel 28 Wet Vpb.<sup>91</sup> Hierbij kwam tevens vast te staan, dat met 'bepalingen' niet de (eventueel verschillende) waarderingsstelsels van moeder- en dochtermaatschappij bedoeld zijn, hetgeen thans m.i. ook duidelijk blijkt uit de eerste standaardvoorwaarde. Evenmin zullen objectieve vrijstellingen de toepassing van het regime in de weg kunnen staan. Op grond van dit tweede lid van artikel 15 Wet Vpb. zal echter de voeging van een NV of BV, die het verzekeringsbedrijf uitoefent met een NV of BV, die dat niet doet, in principe niet mogelijk zijn.

De minister heeft echter de bevoegdheid van dit vereiste af te wijken ('tenzij Onze Minister anders bepaalt'). Alsdan worden zodanige van de normale standaardvoorwaarden afwijkende voorwaarden gesteld, dat de voordelen van het bijzonder regime door de fiscale eenheid niet worden vergroot en eventueel zelfs worden teruggenomen.<sup>92</sup>

In de praktijk maakt de minister overigens slechts van deze bevoegdheid gebruik, als de activiteiten van de dochtermaatschappij in de lijn van de normale bedrijfsuitoefening van de moedermaatschappij liggen<sup>93</sup>, zodat in dit opzicht de materiële toetsing, die onder artikel 27 Besluit WB voor het gehele regime gold, in stand is gebleven. Op grond van deze ontheffingsbevoegdheid pleegt een fiscale eenheid tussen een levensverzekeringsmaatschappij en een schadeverzekeringsmaatschappij te worden toegestaan.<sup>94</sup>

### *6.3. De fiscale eenheid geldt slechts voor binnen het Rijk gevestigde NV's of BV's*

#### *6.3.1. De feitelijke vestigingsplaats der vennootschappen*

Reeds kort na de invoering van artikel 27 Besluit WB ontstond in de literatuur verdeeldheid over de vraag of een feitelijk in het buitenland gevestigde naamloze vennootschap als dochtermaatschappij in een fiscale eenheid mocht worden opgenomen met haar moedermaatschappij (die, zoals in § 6.1.2 behandeld, dan wel hier te lande belastingplichtig moest zijn). Schaafsma<sup>95</sup> verwierp de opvatting van de belastingadministratie, blijkend uit de Resolutie van 27 september 1940<sup>96</sup>, dat artikel 27 Besluit WB in principe ook betrekking had op in het buitenland gevestigde dochtervennootschappen. Naar zijn mening zou de hieruit voortvloeiende geconsolideerde winstberekening in strijd komen met de strekking van de winstbelasting, welke slechts rekening zou houden met in Nederland behaalde resultaten. Prinsen<sup>97</sup> verdedigde de door Schaafsma bestreden opvatting met de stelling dat de winstsplitsing, bedoeld in artikel 7, lid 1, Besluit WB, zich als zodanig niet tegen het aan artikel 27 Besluit WB ten grondslag liggende beginsel verzet.

Deze opvatting werd gedeeld door Ohmstede en De Klerck:<sup>98</sup> 'Daar art. 27 niet eischt, dat het bezit moet bestaan uit aandeelen van in Nederland gevestigde naamloze vennootschappen, is het ook mogelijk, via de moedermaatschappij de winst van in het buitenland gevestigde dochtervennootschappen in de winst-



belasting te betrekken. O.i. zal dan echter moeten worden aangenomen, dat de moedermaatschappij haar bedrijf, zij het wellicht gedeeltelijk, buitenlands uitoefent, zoodat aftrek genoten kan worden op den voet van art. 7 lid 1.' Uit het antwoord van de redactie van het Vakstudie Nieuws op de vraag of een buitenlandse dochtermaatschappij kan worden opgenomen in een fiscale eenheid in-gevolge artikel 27 Besluit WB blijkt<sup>99</sup>, dat de belastingadministratie inmiddels een ander standpunt had ingenomen. In de praktijk wordt thans een fiscale eenheid tussen een binnenlandse belastingplichtige als moedermaatschappij en haar in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij niet meer toegestaan. De redactie van het Vakstudie Nieuws verdedigde dit standpunt met een beroep op de strekking van artikel 27 Besluit WB, die een beperking tot binnenlandse belastingplichtigen zou meebrengen. Bovendien zou hierdoor inbreuk worden gemaakt op de internationaal vrijwel algemeen gehuldigde opvatting, dat de aanwezigheid van een dochtermaatschappij in een Staat niet medebrengt, dat de moedermaatschappij een vaste inrichting in die Staat heeft. Bij toepassing van artikel 27 Besluit WB zou dit wel het geval zijn.

Deze opvatting werd op de Belastingconsulentendag '77 eveneens door Verburg<sup>100</sup> gehuldigd. Hij deed hierbij een beroep op artikel 5, lid 6, Model Verdrag. Terecht merkte Van Tuijl<sup>101</sup> in dit verband op, dat deze bepaling meer de heffingsbevoegdheid van het gastland beperkt dan van het moederland. Bovendien zou de heffing van het gastland niet in gevaar komen door een andere wijze van heffen door het moederland.

Met de woorden: 'binnen het Rijk gevestigde' heeft de wetgever naar mijn oordeel ongetwijfeld beoogd het door de redactie van het Vakstudie Nieuws vertolkte standpunt in de tekst van artikel 15 Wet Vpb. vast te leggen. Geen rekening werd echter gehouden met het bepaalde in artikel 2, lid 4, Wet Vpb., wellicht als gevolg van het feit dat deze bepaling oorspronkelijk in het wetsontwerp niet voorkwam. Een NV of BV zal òf door de feitelijke omstandigheden òf door genoemde wetsfictie binnen het Rijk zijn gevestigd, zodat toevoeging van dit vereiste, op deze wijze geformuleerd, overbodig zou zijn. Een NV of BV zal immers, in de zin van de nationale wetgeving, altijd binnen het Rijk gevestigd (en dus binnenlands belastingplichtig) zijn. Bijgevolg zou de huidige tekst van artikel 15 Wet Vpb., letterlijk geïnterpreteerd, nog steeds een fiscale eenheid toelaten tussen een moedermaatschappij en een in het buitenland gevestigde, naar Nederlands recht opgerichte, BV als dochtermaatschappij. Dit geldt echter weer niet indien artikel 2, lid 4, Wet Vpb. door een verdrag buiten werking is gesteld. Een verdrag kan immers een bepaling uit de nationale wetgeving opzij zetten, zoals blijkt uit het arrest HR 12 maart 1980, BNB 1980/170. Alsdan zal slechts bij *daadwerkelijke* vestiging binnen het Rijk recht op de toepassing van artikel 15 Wet Vpb. kunnen ontstaan. Genoemde letterlijke interpretatie<sup>102</sup> van de beperking leidt derhalve tot de, gezien de ontstaansgrond onaanvaardbare, conclusie dat het vereiste elke reële inhoud zou missen! Alleen een uitleg gebaseerd op de strekking van de bepaling biedt in dit verband een redelijke oplossing, zodat naar mijn mening het huidige regime slechts op vennootschappen, die *daadwerkelijk* binnen het Rijk zijn gevestigd, van toepassing is.<sup>103</sup> In § 6.3.3 zal de vraag aan de orde komen of deze beperking in de toekomst in stand moet blijven.



### 6.3.2. *Buitenlandse vaste inrichtingen*

De beperking van de fiscale eenheid tot binnen het Rijk gevestigde vennootschappen vergroot de discrepantie tussen de fiscale eenheid en het feitelijke concern, dat buitenlandse ondernemingsgedeelten kan bezitten.<sup>104</sup> Een discrepantie doet zich niet voor indien deze ondernemingsgedeelten een vaste inrichting vormen. Alsdan maken de door deze vaste inrichtingen behaalde resultaten deel uit van het concernresultaat, althans in principe. Toepassing van de verdragen of de eenzijdige regeling ter voorkoming van dubbele belasting zal immers tot gevolg hebben dat een vrijstelling wordt verleend voor in het buitenland behaalde positieve resultaten. In feite zullen dus slechts buitenlandse negatieve resultaten voor de berekening van de verschuldigde vennootschapsbelasting het concernresultaat beïnvloeden, tenzij deze verliezen op grond van genoemde regelingen gecompenseerd moeten worden met in andere jaren of door andere vaste inrichtingen behaalde buitenlandse winsten.<sup>105</sup>

Het feit dat na het verenigingstijdstip de vaste inrichtingen van de voorheen zelfstandige dochtervennootschappen geacht worden vaste inrichtingen van de moedermaatschappij te zijn, kan gevolgen hebben voor de toepassing van de verdragen c.q. de eenzijdige regeling ter voorkoming van dubbele belasting. In de praktijk wordt dan ook door het Ministerie van Financiën bij aanwezigheid van een (of meer) vaste inrichting(en) een bijzondere voorwaarde gesteld, die als volgt luidt: Ingevolge voorschriften ter voorkoming van dubbele belasting naar volgende jaren over te brengen positieve of in volgende jaren te verrekenen negatieve buitenlandse winsten van één der maatschappijen uit vóór het verenigingstijdstip gelegen jaren zullen worden overgebracht binnen de daarvoor gestelde termijnen en uitsluitend indien en voor zover van de positieve binnenlandse winst, onderscheidenlijk van de positieve buitenlandse winst van de combinatie een deel aan de desbetreffende maatschappij kan worden toegerekend.<sup>106</sup> Ook zonder deze voorwaarde zouden m.i., op grond van het arrest HR 22 februari 1956, BNB 1956/132, de rechten en plichten van de dochtermaatschappij(en) ingevolge de voorschriften ter voorkoming van dubbele belasting op de combinatie overgaan. Alsdan zou echter een verrekening met het totale concernresultaat plaatsvinden, hetgeen tot misbruik aanleiding zou kunnen geven.<sup>107</sup> Voor de situatie tijdens de fiscale eenheid behoeft geen regeling te worden getroffen, daar alle vaste inrichtingen worden geacht aan de moedermaatschappij toe te behoren, zodat de voorschriften ter voorkoming van dubbele belasting normaal toepassing kunnen vinden. Hierin kan een nadeel van de fiscale eenheid zijn gelegen door de verplichte saldering (bij verdragstoepassing: per land) van de buitenlandse resultaten van vaste inrichtingen vóórdat verrekening met de binnenlandse winst plaatsvindt.<sup>108</sup> Anderzijds zal door het regime van de fiscale eenheid in sommige situaties een verschuiving van belaste binnenlandse winst naar vrijgestelde buitenlandse winst kunnen plaatsvinden.

Voorbeeld:

Dochtermaatschappij BV D heeft f 1 miljoen à 10% geleend van moedermaatschappij BV M ter financiering van haar buitenlandse activiteiten (v.i. X). Bij

de bepaling van de (vrijgestelde) winst van X moet rekening worden gehouden met de (aan een 'derde' verschuldigde) rente ad f 100 000. De ontvangen rente vormt voor M echter belaste winst. Bij een fiscale eenheid tussen M en D kan de rente niet meer in aanmerking worden genomen, daar de rente als interne vergoeding tussen de vaste inrichting (X) en het hoofdkantoor (M) moet worden aangemerkt. Afhankelijk van de fiscale wetgeving van het land van vestiging van X en de feitelijke presentatie van de civielrechtelijk door X aan M (als 'derde') verschuldigde rente zal deze rente toch de buitenlandse belasting over de buitenlandse winst kunnen blijven drukken.

In de bijzondere voorwaarde wordt evenmin een regeling getroffen voor de situatie die na splitsing van de fiscale eenheid ontstaat met betrekking tot de regelen ter voorkoming van dubbele belasting, voortvloeiend uit de buitenlandse activiteiten *gedurende* de fiscale eenheid. Na afsplitsing van de dochtermaatschappij, die deze activiteiten uitoefent, zullen de fiscale consequenties blijven rusten op de moedermaatschappij, daar zij het concernresultaat genoten heeft waar deze consequenties uit voortvloeien. Hieruit volgt dat de dochtermaatschappij geen aanspraak heeft op verrekening van binnenlandse verliezen uit deze periode.<sup>109</sup> Indien de moedermaatschappij geen buitenlandse activiteiten (meer) uitoefent, kan door ontvoeging van de dochtermaatschappij, waartoe de desbetreffende vaste inrichting behoort, ontkomen worden aan de plicht tot verrekening van het buitenlands verlies met latere buitenlandse winst.<sup>110</sup>

Voorbeeld:

De winstgevende moedermaatschappij BV M, die uitsluitend binnenlandse ondernemingsactiviteiten verricht, vormt vanaf 1 januari 1979 een fiscale eenheid met haar volledige dochtermaatschappij BV D. BV D bezit een sterk verliesgevende vaste inrichting in een land, waarmee Nederland geen belastingverdrag heeft gesloten. Overigens ontplooit BV D geen ondernemingsactiviteiten. BV D verwacht dat haar vaste inrichting in de periode 1983 t/m 1985 belangrijke winsten zal gaan behalen. Door de werking van artikel 3, lid 3, van het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting zullen deze winsten tot het bedrag der geleden verliezen bij de combinatie in de Nederlandse belastingheffing worden betrokken. Ontvoeging per 1 januari 1983 heeft tot gevolg dat op deze buitenlandse winsten de 'eenzijdige regeling' onverkort van toepassing is, omdat de verliezen *gedurende* de fiscale eenheid geacht worden door BV M en niet door BV D te zijn geleden.

Het is de vraag of de bijzondere voorwaarde zou kunnen worden uitgebreid met de plicht tot verrekening van het buitenlands verlies. Ná splitsing van de fiscale eenheid zou deze plicht moeten rusten op de vennootschap waartoe de vaste inrichting behoort. Bij één vaste inrichting lijkt dit mogelijk, echter bij meerdere vaste inrichtingen zouden aldan de buitenlandse resultaten *gedurende* de voeging per vaste inrichting moeten worden bepaald. Deze toerekening zou grote praktische problemen oproepen, daar tijdens de fiscale eenheid nieuwe vaste in-



richtingen kunnen ontstaan en bestaande vaste inrichtingen (gedeeltelijk) kunnen worden overgedragen/samengesmolten. Een zodanige toerekening zou niet slechts praktisch, maar ook theoretisch niet wenselijk zijn, daar hierdoor inbreuk zou worden gemaakt op het fusiekarakter van de fiscale eenheid.

De oplossing zou naar mijn mening moeten worden gevonden in (ook op andere gronden wenselijke<sup>111</sup>) beperking van de vrijheid om de fiscale eenheid willekeurig te verbreken, zeker als hiermede beoogd wordt fiscaal voordeel te behalen, bijvoorbeeld door genoemde verrekening te verhinderen.<sup>112</sup>

### 6.3.3. *Buitenlandse dochtermaatschappijen*

Wanneer aan het regime van artikel 15 Wet Vpb. een internationale werking zou worden verleend, in die zin dat ook buitenlandse dochtermaatschappijen in de fiscale eenheid kunnen worden opgenomen, zouden deze buitenlandse dochtermaatschappijen fiscaal de positie van vaste inrichtingen gaan innemen, althans voor de toepassing van de Wet Vpb. Aan de keuze (100%-)dochtermaatschappij of vaste inrichting zouden niet langer fiscale consequenties verbonden zijn.<sup>113</sup> De Commissie voor de bestudering van de fiscale problemen rondom fusies ziet in dit verband de navolgende voordelen:<sup>114</sup> 'De mogelijkheid om te komen tot een fiscale eenheid met buitenlandse ondernemingen acht de commissie een nuttige stimulans voor initiatieven van Nederlandse ondernemingen om in den vreemde activiteiten te ontplooien. In het bijzonder nu onder het geldende regime van de deelnemingsvrijstelling verliezen op deelnemingen niet ten laste van de fiscale resultaten van de moedermaatschappij mogen worden gebracht. In het bijzonder is hier van belang, dat voor het opereren in het buitenland vaak een zogenaamde nationale rechtspersoon is vereist, waarbij in feite de vrijheid van keuze tussen een vaste inrichting en een dochtermaatschappij ontbreekt. De mogelijkheid om te komen tot een fiscale consolidatie met elders gevestigde ondernemingen is niet alleen van belang voor een optreden in het EEG-gebied, maar kan ook met name van belang zijn voor de ontplooiing van initiatieven in 'ontwikkelingslanden'.' Terecht merkte Verburg<sup>115</sup> in dit kader op, dat thans veelal een grote lening naast een klein aandelenkapitaal de stroppen zal moeten opvangen. De moedermaatschappij kan dan door afwaardering van de vordering in feite onmiddellijk de verliezen van de dochtermaatschappij op indirecte wijze compenseren en zelfs tot dubbele compensatie kunnen komen, indien ze erin slaagt na afloop van de verliesperiode opwaardering van de vordering te voorkomen door omzetting van de vordering in aandelenkapitaal.<sup>116</sup>

Deze door Verburg genoemde constructie zal echter in vrij veel gevallen geen alternatief kunnen bieden. Afwaardering van de vordering op de dochtermaatschappij zal doorgaans niet mogelijk zijn als het alleen om voorzienbare aanloopverliezen gaat. Verder zal de beslissing op de vraag of de financiering van de dochtermaatschappij door kapitaalverhoging of door middel van een lening moet geschieden mede afhangen van andere factoren, zoals bronbelastingen, eisen ten aanzien van de kapitalisering gesteld door buitenlandse overheden bij oprichting van vennootschappen en/of verliessituaties en de beïnvloeding van de verliescompensatie door de rentelasten.<sup>117</sup>

Verburg meent, zoals reeds vermeld op blz. 38, dat de fiscale gelijkschake-



ling van een buitenlandse dochtermaatschappij aan een vaste inrichting niet strookt met internationaal aanvaarde inzichten tot uiting komend in artikel 5, lid 6, van het OECD-Modelverdrag.<sup>118</sup> Het feit dat dit internationaal niet gebruikelijk is, behoeft op zich een uitbreiding van de nationale wetgeving niet te verhinderen.<sup>101</sup> Mocht echter internationaal een zodanige ontwikkeling achterwege blijven, dan zullen wellicht problemen kunnen ontstaan, indien de huidige verdragen gewijzigd moeten worden om zeker te stellen dat zij van toepassing zijn op gevoegde buitenlandse dochtermaatschappijen als waren het vaste inrichtingen.

Nederland is een stapelplaats van buitenlandse verliezen geworden, doordat verliesgevende deelnemingen van internationale concerns vaak bij winstgevende Nederlandse concernvennootschappen worden gestald. Deze ontwikkeling, die ten gevolge van artikel 13, lid 5, Wet Vpb. in de praktijk reeds op gang gekomen is<sup>119</sup>, zou wellicht door een internationalisering van artikel 15 Wet Vpb. worden gestimuleerd, hetgeen naar mijn oordeel niet wenselijk is.

#### 6.3.4. *Het alternatief van de EG-ontwerprichtlijn*

Op 15 januari 1969 is door de Commissie van de EG bij de Ministerraad van de EG een voorstel ingediend voor een richtlijn betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochtermaatschappijen uit verschillende Lid-Statens. In artikel 7 van deze ontwerprichtlijn wordt een internationaal werkende regeling voorgesteld voor een stelsel van heffing naar de geconsolideerde winst. De regeling is gebaseerd op het stelsel van belastingheffing naar de 'wereldwinst'. Concerns, die voor dit stelsel zouden opteren, zouden naar rato van hun aandelenbezit de resultaten van hun meerderheidsdeelnemingen (50% of meer) kunnen consolideren, zodat in principe de door het concern behaalde winst in het land van haar zetel zou worden belast op basis van de lokale wetgeving. Het bedrag van de nationale belasting over de totale winst moet worden verlaagd om dubbele belastingheffing te voorkomen. De ontwerprichtlijn bevat echter geen regeling met betrekking tot de te volgen methode.<sup>120</sup>

Naar verwachting zouden concerns vooral (c.q. uitsluitend) van deze regeling gebruik maken voor hun verliesgevende dochtermaatschappijen in de (wellicht korte) periode gedurende welke deze dochtermaatschappijen verliesgevend zouden zijn. Ter voorkoming van misbruik geldt deze regeling dan ook voor *alle* meerderheidsdeelnemingen in de EG en, op verzoek, ook voor één of meer landen buiten de EG, gedurende tenminste vijf jaar.

Zou ook ons regime van de fiscale eenheid tot buiten de grenzen worden uitgebreid en zou daarbij geen minimumtermijn gelden, dan zou het onbedoeld gebruik van de fiscale eenheid sterk toenemen. Vandaar de verplichting, zoals in de EG-ontwerprichtlijn opgenomen, om alle deelnemingen (dus ook de winstgevende) in de regeling te betrekken, zodat slechts na saldering van alle resultaten een eventueel verlies zal overblijven. In de huidige vorm waarin de fiscale eenheid is gegoten, zal deze verplichting te gemakkelijk kunnen worden ontgaan, door enkele aandelen van de winstgevende buitenlandse maatschappijen elders te plaatsen, waardoor dan niet meer is voldaan aan het bezitsvereiste.

Bij een veel lager participatievereiste, zoals in de EG-ontwerprichtlijn opge-

nomen, zou dit weliswaar veel moeilijker zijn, doch alsdan zou een andere opzet voor de fiscale eenheid moeten worden gekozen, zoals hierna uit hoofdstuk VI zal blijken.

Daarnaast vergt de belastingheffing over de wereldwinst van een concern, welke blijft stoeien op nationale belastingsouvereiniteit, dat de nationale fiscus voldoende inzicht heeft in en controle kan uitoefenen op de buitenlandse ondernemingsgedeelten van het concern. Hoewel op dit punt positieve ontwikkelingen gaande zijn en reeds successen zijn geboekt<sup>121</sup>, betekent dit slechts een aanzet op EG-terrein, die bepaald niet op afzienbare termijn ook mondiaal te verwachten is. Een concernregeling, die qua internationale werking beperkt zou blijven tot de EG-Staten, is naar mijn oordeel realistischer, doch niet op korte termijn te verwachten, gezien het feit dat de aanzet tot zo'n regeling, in de hier-vóór besproken EG-ontwerprichtlijn, vrij snel in de ijskast werd gezet.<sup>122</sup>

## 7. Formele voorwaarden

### *7.1. De tijdvakken waarover de belasting wordt geheven moeten voor beide vennootschappen samenvallen*

Zonder dit formele vereiste zou consolidatie van vermogens en resultaten van de vennootschappen niet mogelijk zijn. De boekjaren dienen niet slechts feitelijk doch ook statutair parallel te lopen.<sup>123</sup> Aldus is gewaarborgd dat een vergelijking tussen de fiscale en commerciële jaarrekening mogelijk is. Overlegging van laatstgenoemde jaarrekening wordt geëist in de 8e standaardvoorwaarde. Gevolg van de voorwaarde van het samenvallen van de boekjaren is dat een gevoegde dochtermaatschappij haar boekjaar zal moeten afsluiten op het moment waarop de moedermaatschappij haar boekjaar afsluit.<sup>124</sup> Ingeval de aandelen in een dochtermaatschappij met een afwijkend boekjaar in de loop van het jaar worden verworven en niet tijdig de statuten kunnen worden gewijzigd, zal het toestaan van een fiscale eenheid niet op bezwaren stuiten, mits het formele besluit tot wijziging reeds is genomen en daarmee daadwerkelijk reeds rekening is gehouden. Alsdan zal door de minister een termijn worden gesteld, waarbinnen de procedure dient te zijn geëffectueerd.<sup>125</sup> Strikt genomen is niet zo zeer het boekjaar van belang, doch het moment per wanneer de commerciële jaarstukken van de dochtermaatschappij worden opgesteld. Daarom zou (zolang de boekjaren van de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij nog niet zijn aangepast) volstaan kunnen worden met de eis dat de dochtermaatschappij per balansdatum van de moedermaatschappij eveneens een commerciële balans en resultatenrekening opmaakt als ware die datum de laatste dag van haar eigen boekjaar. Teneinde te voorkomen dat tweemaal per jaar (zowel bij het einde van het eigen boekjaar als bij het einde van het boekjaar van de moedermaatschappij) deze werkzaamheden moeten worden verricht, zal de dochtermaatschappij haar boekjaar dan wel zo spoedig mogelijk aanpassen.

Indien de dochtermaatschappij eerst in de loop van het boekjaar wordt opgericht kan deze dochtermaatschappij met ingang van haar oprichtingsdatum in



de fiscale eenheid worden opgenomen mits haar eerste boekjaar wordt afgesloten op het tijdstip waarop de moedermaatschappij haar lopende boekjaar afsluit.<sup>124</sup>

Van Tuijl heeft betoogd<sup>126</sup>, dat deze regeling problemen met de verliescompensatie kan veroorzaken in situaties, waarin het resultaat van de moedermaatschappij afzonderlijk gedurende het gehele boekjaar weliswaar positief, doch over het gedeelte van het boekjaar tot het verenigingstijdstip negatief is.

Van Tuijl heeft hierbij het volgende voorbeeld gegeven:

1976			1977		
M	1-1-1976 tot 16-6-1976	- 100	M	- 100	
M	16-6-1976 t/m 31-12-1976	+ 200			
D	16-6-1976 t/m 31-12-1976	- 300	D	+ 400	
<hr/>			<hr/>		
C	16-6-1976 t/m 31-12-1976	- 100	C	+ 300	

Naar de mening van de fiscus is de in casu door Van Tuijl bepleite carry back van het verlies van de moedermaatschappij van 100 (geleden in de periode van 1-1-1976 tot 16-6-1976), door Van Tuijl vóórvoegingsverlies genoemd, niet mogelijk. Anderzijds zou, naar de mening van Van Tuijl, zo'n verlies geen deel mogen uitmaken van het verlies over het eerste jaar van de fiscale eenheid indien het resultaat vanaf het verenigingstijdstip tot en met het einde van het boekjaar negatief zou zijn.<sup>127</sup>

Aldus verkrijgt het regime in feite terugwerkende kracht tot het begin van het lopende boekjaar, hoewel de fiscale eenheid eerst in de loop van het boekjaar tot stand komt. Naar mijn mening is dit acceptabel, omdat de afsplitsing van de (nieuwe) activiteiten in een afzonderlijke dochtermaatschappij fiscaal irrelevant is, zodat de positie van de nieuwe dochtermaatschappij in dit opzicht te vergelijken is met die van een filiaal. Ik meen dat Van Tuijl ten onrechte een deel van het jaarresultaat van de moedermaatschappij als voorvoegingsresultaat wil aanmerken. Het beroep dat hij in dit verband op de derde standaardvoorwaarde doet acht ik onjuist, daar deze voorwaarde slechts betrekking heeft op (volledige boek)jaren.<sup>128</sup>

Ook geldt de ratio van deze voorwaarde (voorkomen dat resultaten behaald in een onderneming vóórdat deze deel uitmaakte van het concern, bij opname van deze onderneming in het concern, d.m.v. carry back of carry forward invloed op de belastingheffing van het concern zouden kunnen uitoefenen) niet voor nieuw opgerichte dochtermaatschappijen, zodat van een uitbreiding van rechten, zoals Van Tuijl meent, geen sprake is.

De door Van Tuijl geschetste problematiek zou bovendien eerst zichtbaar kunnen worden als een splitsing in de jaarwinst van de moedermaatschappij zou ontstaan, doordat per het verenigingstijdstip een balans zou worden opgemaakt. Bij een nieuw opgerichte dochtermaatschappij, van wie de ondernemingsuitoefening nog geen aanvang genomen heeft, is dit overbodig. De door Van Tuijl bedoelde splitsing is naar mijn mening slechts mogelijk, als het norma-



le boekjaar in twee korte boekjaren wordt opgedeeld, doch in dat geval doet bovenvermelde problematiek zich niet voor.

### *7.2. Voeging kan slechts geschieden op verzoek van beide belastingplichtigen*

Formeel moeten beide belastingplichtigen, dus zowel de moeder- als de dochtervennootschap, een verzoek doen aan de minister van Financiën om als een fiscale eenheid te worden aangemerkt. Het regime van de fiscale eenheid zal immers eerst op verzoek van de betrokken belastingplichtigen tot stand kunnen komen. Beëindiging is eveneens op verzoek van beide belastingplichtigen mogelijk. Dit blijkt niet uit de wettekst, doch uit de Resolutie van 29 november 1972.<sup>129</sup> Uit het woord 'zolang' in de wettekst van artikel 15 Wet Vpb. vloeit echter voort, dat de fiscale eenheid eveneens wordt verbroken, zodra niet langer wordt voldaan aan de wettelijke vereisten.<sup>130</sup>

In de praktijk zal een verzoek tot toepassing van artikel 15 door slechts één der partijen, al dan niet namens de andere partij, niet op grond van de vormfout worden afgewezen.<sup>131</sup> Ten departemente wordt dus kennelijk de mening gedeeld van de Vakstudie vennootschapsbelasting<sup>131</sup> die deze bepaling van weinig betekenis acht, daar de voorwaarden waaronder de eenheid tot stand komt door de bestuurders van de betrokken maatschappijen moeten worden aanvaard, zodat een verzoek dat eventueel niet hun instemming heeft geen nadelige gevolgen zal kunnen veroorzaken. Ingevolge de negentiende standaardvoorwaarde dienen immers de bestuurders van *beide* vennootschappen binnen twee maanden na dagtekening van de beschikking schriftelijk aan de inspecteur van de gemeente van vestiging van de moedermaatschappij mede te delen dat zij instemmen met de gestelde voorwaarden. Indien dit niet gebeurt, komt de fiscale eenheid niet tot stand.

Gezien het feit dat tussen het moment van indiening van het verzoek en ontvangst van de beschikking veelal meer dan een jaar verloopt, zal het wel voorkomen dat belanghebbenden in afwachting van de ontwikkelingen alvast een verzoek indienen, zodat zij gedurende deze periode 'de kat uit de boom kunnen kijken'.

### *7.3. De fiscale eenheid kan ten vroegste ingaan met ingang van het jaar waarin het verzoek is ingediend*

De voorwaarde dat de fiscale eenheid uitsluitend met ingang van een (boek)jaar tot stand kan komen, is naar het voorkomt gebaseerd op de stelling dat splitsing van het jaarresultaat in twee (of meerdere) perioden niet mogelijk is. Indien de fiscale eenheid zou kunnen ingaan op het moment (*in* het boekjaar), waarop aan alle in artikel 15, eerste lid, Wet Vpb. omschreven vereisten wordt voldaan, zou, ten einde het resultaat van de combinatie te kunnen bepalen, het betreffende boekjaar moeten worden gesplitst. Zo niet, dan zou het jaarresultaat van de moedermaatschappij worden beïnvloed door 'meegekocht' resultaat van de

dochtermaatschappij. Vandaar dat, zoals vermeld in § 7.1, wèl een uitzondering kan worden gemaakt voor de fiscale eenheid tussen een bestaande moedermaatschappij en een nieuw opgerichte dochtermaatschappij, die kan aanvangen per juridische oprichtingsdatum van deze dochtermaatschappij. Hoewel deze dochtermaatschappij wel resultaten uit de periode voorafgaande aan haar eerste (korte) boekjaar kan genieten, ontstaan geen problemen daar constante jurisprudentie<sup>132</sup> deze resultaten toerekent aan het eerste (korte) boekjaar, zodat winstsplitsingsproblematiek wordt voorkomen.

Indien een nieuw opgerichte moedermaatschappij een fiscale eenheid gaat vormen met een bestaande dochtermaatschappij zal deze regeling niet analoog kunnen worden toegepast, daar in dat geval wèl een splitsing in de resultaten van het boekjaar van de dochtermaatschappij zal ontstaan, tenzij bij voorovereenkomst alle resultaten van en het belang bij de dochtermaatschappij vanaf het begin van het desbetreffende boekjaar aan de moedermaatschappij worden toegerekend.

In de praktijk wordt ten departemente wel aangenomen dat onder genoemde omstandigheden de moedermaatschappij geacht kan worden reeds te bestaan bij de aanvang van het jaar waarin zij juridisch tot stand is gekomen, zodat de fiscale eenheid reeds met ingang van dat jaar wordt verleend, mits de overeenkomsten (mede omvattende prijsafspraken) vóór dat tijdstip zijn gesloten en de levering van de aandelen in de dochtermaatschappij in ieder geval vóór het einde van dat jaar plaatsvindt. Geen probleem bestaat in het kader van deze voorwaarde als het boekjaar van de reeds bestaande dochtermaatschappij in twee korte boekjaren zou worden verdeeld en dus per het verenigingstijdstip voor beide vennootschappen een nieuw boekjaar ingaat.

Letterlijke interpretatie van de hier besproken voorwaarde dwingt tot de conclusie dat bij overgang van een dochtermaatschappij van de ene fiscale eenheid naar een andere fiscale eenheid deze maatschappij gedurende één boekjaar zelfstandig belastingplichtig zal zijn. De 'oude' fiscale eenheid zal immers (ingevolge de 10e standaardvoorwaarde) bij de aanvang van het jaar van overgang worden gesplitst en de 'nieuwe' fiscale eenheid zal (als gevolg van het onderhavige vereiste) eerst met ingang van het volgende boekjaar kunnen ingaan. Op het ministerie bestaan in het algemeen geen bezwaren tegen een aansluitende overgang mits de verkoop en levering van de aandelen in de desbetreffende dochtermaatschappij op de eerste werkdag van het boekjaar van overgang plaatsvinden.

Uit de wettekst blijkt duidelijk dat het verzoek vóór het einde van het boekjaar, dat als eerste boekjaar van de fiscale eenheid zal gelden, bij de minister moet zijn ingediend. Naast het feit dat de mogelijkheid om het regime met terugwerkende kracht tot het begin van een eerder (nog niet geregeld) jaar te laten ingaan een stimulans zou kunnen zijn om de beslissing zo lang uit te stellen tot dat men van het voordeel verzekerd is, zullen ook andere praktische overwegingen, zoals voorkoming van vertraging van de aanslagregeling, tot deze beperking hebben geleid.

Ingeval de dochtermaatschappij eerst in de loop van het boekjaar is opgericht en



men per oprichtingsdatum reeds een fiscale eenheid wil vormen, kan de termijn vrij kort uitvallen. Blijkens de Resolutie van 29 november 1972 (BNB 1973/44) wordt *in ieder geval* het verzoek nog als tijdig aangemerkt indien dit binnen één jaar na oprichting van de dochtermaatschappij wordt gedaan. Incidenteel zal dus een langere termijn kunnen gelden. In de praktijk blijkt dat de termijn soms te kort is. Dit vrij starre vereiste staat alsdan een soepele, beter bij het keuzekarakter van het regime passende, praktische toepassing van de regeling in de weg. Ook de hardheidsclausule zal in dit geval geen uitkomst kunnen brengen. Door in het artikel een ontheffingsmogelijkheid voor de minister op te nemen, zou in reële gevallen een eerder ingangstijdstip kunnen worden toegestaan, mits op dit tijdstip aan alle overige in artikel 15, eerste lid, Wet Vpb. gestelde eisen is voldaan.

## 8. Nader te stellen voorwaarden

### 8.1. *Als delegatievorm*

Artikel 15 Wet Vpb. bevat evenmin als artikel 27 Besluit WB een integrale regeling van de fiscale eenheid, zodat nader door de minister te stellen voorwaarden het regime, waarvan slechts enige kenmerken in de wet zijn vastgelegd, verder moeten uitwerken. In § 20 van de Leidraad winstbelasting werd ten aanzien van de te stellen voorwaarden het navolgende opgemerkt: 'Het is wenschelijk dat het lichaam, bij een verzoek tot toepassing van art. 27, zelf — liefst in overleg met den inspecteur opgestelde — ontwerp-voorwaarden overlegt.' Van 1941 af werd echter voor de te stellen voorwaarden gebruik gemaakt van model-voorwaarden, waarvan de tekst werd aangepast aan de concrete situatie. Thans worden in de praktijk vier versies gedrukte (standaard)voorwaarden gebruikt, afhankelijk van het feit of de voeging tot stand komt tussen een moedermaatschappij met één of met meer dochtermaatschappijen, die al dan niet op het verenigingstijdstip zijn opgericht. Met vermelding van de voorwaarden die (gedeeltelijk) kunnen vervallen in de gevallen waarin een bepaald probleem niet bestaat (standaardwijzigingen), wordt de daarbij passende versie eventueel aangevuld door afwijkende voorwaarden.<sup>133</sup> Evenals voorheen reeds gebruikelijk was t.a.v. de model-voorwaarden, wordt ook thans steeds na wijzigingen in de standaardvoorwaarden de laatste versie hiervan gepubliceerd.<sup>134</sup>

Zoals vermeld in § 1 heeft de minister geen gevolg willen geven aan de wens van verscheidene leden van de Tweede Kamer<sup>14</sup> om de materie uitputtend in de wet te regelen, omdat hierdoor de rechtszekerheid voor de belastingplichtige zou worden geschaad en codificatie van de standaardvoorwaarden zou leiden tot verstarring. Naar mijn mening heeft inderdaad een te gedetailleerde fiscale wetgeving het bezwaar, dat snelle aanpassing niet mogelijk is, waardoor de wet bij de maatschappelijke ontwikkeling achter blijft en dus verstarrend werkt. Delegatie is echter niet het enige alternatief. Verstarring kan ook worden voorkomen door bij het ontwerpen van de wettelijke regelingen gebruik te maken van



ruime, vaak abstracte formuleringen — men denke aan het begrip 'goed koopmansgebruik' — die door de belastingrechter kunnen worden geconcretiseerd en omgrensd. Tot de voorstanders van een zodanige vorm van (fiscale) wetgeving behoort o.a. Brüll.<sup>135</sup> Een nadeel is de geringere rechtszekerheid, omdat dan een belastingplichtige vooraf vaak niet kan vaststellen of zijn handelwijze binnen de termen van de wet valt, vooral als het nieuwe wetgeving betreft. Toetsing en concretisering van de wettekst door de rechter is bij dit uitgangspunt immers eerst achteraf mogelijk, tenzij de wet de mogelijkheid zou scheppen vooraf te procederen.

De gedachte om, ter bevordering van de rechtsbescherming van belastingplichtigen, vóór te kunnen procederen lag eveneens ten grondslag aan het amendement Koning<sup>136</sup>, dat beoogde de nader te stellen voorwaarden bij uitspraak van de inspecteur te laten vaststellen, zodat deze voorwaarden vatbaar zouden worden voor bezwaar en beroep. Het amendement bevatte echter geen alternatieve opzet van de fiscale eenheid.

Zoals hiervoor vermeld beoogde de wetgever door de nadere concretisering van de wettelijke regeling van de fiscale eenheid aan de minister van Financiën te delegeren, de verstarring die een te gedetailleerde wettelijke regeling zou kunnen veroorzaken, te voorkomen en de rechtszekerheid te bevorderen door de belastingplichtige vooraf zekerheid te verschaffen in de vorm van de door de minister te stellen concrete voorwaarden. Latere wijzigingen van de standaardvoorwaarden<sup>137</sup> hebben echter duidelijk gemaakt, dat de minister ook bij het redigeren van de voorwaarden gebruik moet maken van vage termen, zoals 'ten goede komen aan', waarvan de nadere begrenzing wordt overgelaten aan de belastingrechter.<sup>138</sup> Hiermede komt hij echter in strijd met de ratio van de 'nader te stellen voorwaarden', zoals de staatssecretaris deze tijdens de parlementaire behandeling naar voren bracht. Gesteld kan worden dat, nu er gereede aanleiding is tot twijfel aan het functioneren overeenkomstig haar ratio van de delegatiebepaling, er onvoldoende redenen zijn om niet langer de gehele regeling, waar nodig met ruime omschrijvingen, in de wet te verankeren. Anders dan Langereis (in zijn aantekening bij Hof 's-Gravenhage 26 september 1978, FED IB '64: Art. 18 : 25) meent, houdt dit standpunt niet in dat de standaardvoorwaarden in hun huidige vorm in de wettekst zouden moeten worden opgenomen, daar dit inderdaad zou kunnen leiden tot verstarring. Hoofdstuk III bevat een nadere uitwerking van mijn standpunt.

Door een in ruime termen geredigeerde integrale wettelijke regeling wordt weliswaar het probleem van de kenbaarheid vooraf niet opgelost. Dit is echter een algemeen probleem in het (fiscale) recht<sup>139</sup>, dat in de praktijk van de vennootschapsbelasting aan scherpte heeft verloren door overleg vooraf tussen de belastingplichtige en/of zijn consulent en de inspecteur, waarbij problemen zo nodig in de compromissfeer kunnen worden geregeld. Op de voet van de beginselen van behoorlijk bestuur<sup>140</sup> zijn deze 'advance-rulings' bindend voor de fiscus.

Naast uitleg en concretisering van de integrale wettelijke regeling in ministeriële resoluties, zou een *recht* voor de belastingplichtige kunnen worden geschapen om door middel van een 'advance-ruling' vooraf van de inspecteur de

gewenste zekerheid te verkrijgen. In het algemeen acht ik opname in de wet van een zodanig systeem ter bevordering van de rechtszekerheid, zoals Grapperhaus op de Belastingconsulentendag '78 voorstelde<sup>141</sup>, niet wenselijk, gelet op de daaraan verbonden taakverzwaring voor het uitvoerend apparaat. Voor artikel 15 Wet Vpb. acht ik een zodanige regeling, die verwantschap vertoont met de regeling vervat in het amendement Koning<sup>136</sup>, wel verdedigbaar. Ook thans verricht het ambtelijk apparaat immers voor iedere fiscale eenheid de nodige werkzaamheden.

## 8.2. Rechtskarakter van de voorwaarden

In de literatuur komen ten aanzien van de aard van de door de minister nader te stellen voorwaarden twee opvattingen naar voren. Het verschil in deze opvattingen is gelegen in de waarde die wordt toegekend aan de acceptatie van deze voorwaarden door belastingplichtigen. Deze acceptatie wordt vereist in de 19e standaardvoorwaarde: 'Tenzij de inspecteur over de gemeente van vestiging van de moedermaatschappij daarvoor een andere termijn stelt, dient binnen twee maanden na de dagtekening van deze beschikking bij deze inspecteur schriftelijk bericht te zijn ingekomen van de bestuurders van de in artikel 15 van de wet bedoelde andere naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid zowel als van de bestuurders van de naamloze vennootschap en/of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid welke op grond van deze beschikking in de bedoelde andere vennootschap geacht worden te zijn opgegaan, dat zij met de gestelde voorwaarden instemmen.' In zijn conclusie bij het arrest HR 26 juni 1974, BNB 1975/14, spreekt de Advocaat-Generaal over voorwaarden, die zijn vervat in een *administratieve beschikking*, waarbij hij de acceptatie negeert. In genoemde opvatting vormt de acceptatie een trekje van privaatrechtelijke denken, dat in deze niet zou passen.<sup>142</sup> Hierin zou slechts een formele bevestiging moeten worden gezien, dat het regime met ingang van het vastgestelde tijdstip van toepassing is.<sup>143</sup> Klein Wassink spreekt in dit verband van een *voorwaardelijke beschikking*.<sup>144</sup>

Gezien de tekst van de 19e standaardvoorwaarde, waarin gesproken wordt over 'met de gestelde voorwaarden instemmen', lijkt mij deze opvatting onjuist. Ik huldig de opvatting dat de door de minister gegeven beschikking het karakter van een aanbod draagt, dat de belastingplichtigen formeel moeten accepteren om de door partijen beoogde rechtsgevolgen (de fiscale eenheid) te laten intreden. Er ontstaat na het accepteren van de voorwaarden een publiekrechtelijke overeenkomst, welke gelijkenis vertoont met het fiscale compromis, dat eveneens een publiekrechtelijke overeenkomst is. Scheltens, die eveneens van mening is dat sprake is van een publiekrechtelijke overeenkomst, wijst er op dat, indien men de opvatting zou huldigen dat gesproken moet worden van een voorwaardelijke beschikking, de belastingplichtige zich eenvoudig aan het 'overeengekomene' zou kunnen onttrekken door niet (langer) aan een voorwaarde te voldoen. Zo zou ontvoeging intreden als bijvoorbeeld geen concern-aangifte zou worden gedaan. Zijns inziens heeft de term voorwaarde de beteke-



nis van verplichting en is sprake van een door de wet uitdrukkelijk toegelaten overeenkomst, waaraan ook de belastingplichtige zich niet meer kan onttrekken, anders dan door te zorgen, dat niet langer aan één of meer voor de regeling noodzakelijke vereisten is voldaan (bijvoorbeeld door verkoop van aandelen). Het feit dat niet (meer) op de normale wijze na onderling overleg en onderhandelen een overeenkomst wordt gesloten, doch dat de minister de voorwaarden eenzijdig dicteert en de belastingplichtige niets anders kan doen dan aanvaarden of verwerpen, houdt zijns inziens niet in, dat niet van een overeenkomst kan worden gesproken.<sup>145</sup> Hoewel ik deze opvatting deel, zal naar mijn oordeel toch uit deze feitelijke gang van zaken de conclusie moeten worden getrokken, dat mocht de minister voorwaarden stellen die niet voldoen aan de wettelijke vereisten of aan de hieraan ten grondslag liggende rechtsbeginselen, belastingplichtige hieraan niet gebonden is.<sup>146</sup> Terecht merkt de Commissie voor de bestudering van de fiscale problemen rondom fusies op, dat de strekking van (noodgedwongen) acceptatie niet kan zijn, dat de betrokkene hierdoor verstoken zou worden van het recht van beroep.<sup>142</sup> Naar mijn mening heeft het verschil in opvatting over de aard van de voorwaarden dan ook geen materiële gevolgen voor de positie van belastingplichtige. De acceptatie is echter, materieel bezien, van betekenis voor de vaststelling van de ingangsdatum van de fiscale eenheid.

Verseput, die de vraag of sprake is van een overeenkomst buiten beschouwing laat, meent in navolging van Snee<sup>147</sup> en Scheltens<sup>148</sup>, dat na acceptatie de belastingplichtige nog terug kan komen op zijn beslissing, zolang er geen fiscale gevolgen zijn ontstaan. Uitgaande van het overeenkomstkarakter, zoals Scheltens doet, lijkt mij deze opvatting onjuist. Door acceptatie komt *alsdan* een overeenkomst tot stand, die beide partijen tot wet strekt.

De opvatting van Verseput kan mijns inziens slechts worden verklaard door aan de zinsnede: '... , mits de door Onze Minister nader te stellen voorwaarden zijn vervuld.', in artikel 15, lid 1, Wet Vpb., een voorwaardelijk karakter van de regeling te ontleen. Zoals hiervóór uiteengezet huldig ik echter de opvatting dat de 'voorwaarden' na acceptatie het karakter van verplichtingen dragen.

### 8.3. Begrenzing van de voorwaarden

Integrale regeling van de fiscale eenheid in de wet, zoals bepleit in § 8.1, zou een verbetering inhouden van de rechtsbescherming van de betrokken belastingplichtigen. Zoals vermeld in § 1.4 waren verschillende leden van de Tweede Kamer tijdens de parlementaire behandeling van het wetsontwerp eveneens deze mening toegedaan. In ieder geval zou de essentie van de standaardvoorwaarden in de wet kunnen worden opgenomen, waarbij de detaillering gedelegeerd zou kunnen worden, echter met toekenning van het recht van beroep, zodat de belastingrechter de concrete voorwaarden zou kunnen toetsen aan de algemene.<sup>149</sup> Als uiteindelijke reactie hierop werd, na intrekking van het amendement Koning (dat beoogde de voorwaarden bij uitspraak van de inspecteur te laten vaststellen – zie blz. 48, het derde lid van artikel 15 in de wet opgenomen. Dit



derde lid beoogt een kader te scheppen, waarbinnen de door de minister te stellen voorwaarden dienen te blijven, zodat het oordeel van de rechter ingeroepen kan worden t.a.v. de vraag of de concrete voorwaarden wel aan de wettelijke strekking voldoen.<sup>150</sup>

De tekst van het derde lid kan worden gesplitst in een algemeen en een bijzonder gedeelte.<sup>151</sup> In de literatuur, met name t.a.v. het vergelijkbare artikel 18, lid 2, Wet IB is de vraag gerezen of de in het bijzondere gedeelte opgesomde voorwaarden<sup>152</sup> binnen de in het eerste zinsdeel geformuleerde algemene begrenzingeren<sup>153</sup> moeten blijven.

IJsselmuiden meent<sup>154</sup> dat de bedoeling van de wetgever geen andere kan zijn geweest, dan dat de opgesomde bijzondere voorwaarden in elk geval geacht moeten worden aan de algemene strekking te beantwoorden, zodat daarover niet het oordeel van de rechter kan worden ingeroepen. Als deze opvatting door de rechter zou worden gevolgd, dan zou het derde lid van artikel 15 vrijwel zonder betekenis zijn, daar de opgesomde onderwerpen vrijwel alle (in 1969 alle!) standaardvoorwaarden betreffen, zodat inhoudelijke toetsing van de standaardvoorwaarden (afgezien van de 17e) niet mogelijk zou zijn, hetgeen duidelijk in strijd is met de hiervoor vermelde bedoeling van de wetgever met het derde lid van artikel 15.<sup>155</sup> In zijn uitspraak van 26 september 1978<sup>156</sup> heeft het Haagse Gerechtshof echter de opvatting uitgesproken dat de krachtens lid 2 van artikel 18 Wet IB te stellen voorwaarden, die betrekking hebben op een in het bijzonder gedeelte vermelde onderwerpen, geen afzonderlijke categorie vormen, doch moeten voldoen aan de algemene strekking van dat lid, daarmee het standpunt van IJsselmuiden verwerpend. Ook naar mijn mening zal, gezien de rechtshistorische ontwikkeling en de tekst van de bepaling, gesteld moeten worden dat in het bijzonder gedeelte van het derde lid van artikel 15 Wet Vpb. een niet-limitatieve opsomming van onderwerpen wordt gegeven ter verduidelijking van het algemeen gedeelte, waarin het kader wordt aangegeven waarbinnen de concrete voorwaarden, die genoemde en andere onderwerpen nader uitwerken, zullen moeten blijven. Terecht merkt Verburg overigens op, dat de formulering van dit kader zo ruim is, dat het bijna een illusie is te menen dat zich een op de aanvang, het bestaan en het einde van de fiscale eenheid betrekking hebbende voorwaarde laat denken, die niet binnen de omschrijving zou vallen.<sup>157</sup>

#### *8.4. Toetsing door de rechter aan de beginselen van behoorlijk bestuur*

Gezien de strekking van het derde lid van artikel 15 Wet Vpb. kan de toetsing, waartoe de rechter op grond van deze bepaling zal kunnen komen, slechts een marginaal karakter dragen, waarbij de beginselen van behoorlijk bestuur bepalend zullen zijn.<sup>142</sup> Naast de vraag of de minister met de in het concrete geval gestelde voorwaarden niet de aan hem gedelegeerde bevoegdheden heeft overschreden, waarbij de in het derde lid gegeven afbakening een rol speelt, kan de vraag rijzen of de minister in enig concreet geval wel terecht is afgeweken van de gepubliceerde standaardvoorwaarden, gezien het vertrouwen dat bij belastingplichtigen door de publikatie is opgewekt.<sup>158</sup> Ook bij de beantwoording van de

ze vraag zal de rechter bedoelde voorwaarden kunnen vernietigen als zijnde in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Naar mijn mening is de aard van de voorwaarden (al dan niet contractueel) hierbij van geen belang, daar ik met Klein Wassink<sup>159</sup> van mening ben, dat ook publiekrechtelijke overeenkomsten door algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden beheerst.

Deze algemene beginselen van behoorlijk bestuur behoren tot de buitenwettelijke algemene rechtsbeginselen, waarover in het verleden, volgens destijds constante jurisprudentie van de Hoge Raad, in cassatie niet met vrucht kon worden geklaagd.<sup>160</sup> De belastingrechter volgde echter de ontwikkeling, die in het administratieve recht en de civielrechtelijke jurisprudentie reeds had plaatsgevonden. De eerste uitspraken op dit terrein van de Hoven<sup>161</sup> werden na de wijziging van artikel 99 RO in 1963, gevolgd door het arrest HR 20 oktober 1965, BNB 1966/3, waarbij het beginsel van het opgewekte vertrouwen meer algemeen van toepassing werd geacht, zodat rekening moest worden gehouden met de omstandigheid dat een belastingplichtige mag verwachten, dat de inspecteur bij de vaststelling van zijn aanslag zich zal houden aan de toelichting bij het aangiftebiljet, die voor alle belastingplichtigen is samengesteld.

Een verdere belangrijke ontwikkeling kwam naar voren in HR 7 januari 1970, BNB 1970/78, waarbij de Hoge Raad overwoog, dat de taak van de belastingrechter bij zijn beoordeling van de rechtmatigheid van de aanslag niet is beperkt tot de vraag of de inspecteur is gebleven binnen de door de wet gestelde grenzen, maar voor diens ingrijpen evenzeer plaats is, indien de wijze waarop de inspecteur zijn bevoegdheden heeft gehanteerd, anderszins in strijd is met het recht, doordat daarbij niet is gehandeld in overeenstemming met de beginselen van behoorlijk bestuur, welke daarbij moeten worden in acht genomen; dat zulks het geval is, indien daarbij kennelijk tekort is gedaan aan het vertrouwen dat de belastingplichtige ten aanzien van de door de belastingadministratie te volgen gedragslijn heeft mogen ontleenen aan uitspraken van de voor die dienst verantwoordelijke overheidsorganen, als kunnen zijn vervat in ministeriële resoluties, welke, al werden zij noch in het Staatsblad, noch in de Staatscourant opgenomen, met medewerking of goedvinden van de belastingdienst zijn gepubliceerd en aldus ter kennis van het publiek zijn gekomen.

In het arrest HR 14 oktober 1970, BNB 1971/3 maakte de Hoge Raad echter duidelijk, dat met bedoeld beginsel van behoorlijk bestuur alleen rekening kan worden gehouden, wanneer aan een overheidsorgaan bij de uitvoering van een wettelijk voorschrift binnen het kader van dat voorschrift een bepaalde beleidsvrijheid toekomt, een opvatting die in HR 12 juni 1974, BNB 1974/187, leidde tot de constatering dat de strikte wettoepassing moet prevaleren boven de beginselen van behoorlijk bestuur.

Genoemde beperkingen zijn inmiddels vervallen.

In het arrest van 22 juni 1977, BNB 1977/284, overwoog de Hoge Raad: 'Zulk een vertrouwen behoort gehonoreerd te worden — en een navordering mitsdien achterwege te blijven — ook al laat de wet de inspecteur niet een bepaalde beleidsvrijheid.' en in het arrest van 12 april 1978, BNB 1978/137:<sup>162</sup> 'dat onder bepaalde omstandigheden strikte toepassing van de wet, waaruit de belasting-schuld rechtstreeks voortvloeit, in die mate in strijd kan komen met een of meer



beginselen van behoorlijk bestuur, dat die toepassing achterwege dient te blijven'. Zodat thans het opgewekte vertrouwen bij belastingplichtigen gehonoreerd moet worden, ongeacht het ontbreken van beleidsvrijheid en zelfs bij strijdigheid met de wet.<sup>163</sup>

Uit de arresten HR 14 maart 1979, BNB 1979/140, HR 6 juni 1979, BNB 1979/211, HR 25 juni 1980, BNB 1980/277, en HR 24 september 1980, BNB 1980/316, blijkt dat op dit punt van vaste jurisprudentie moet worden gesproken en tevens dat de werking niet beperkt is tot de vertrouwensleer, doch zich ook uitstrekt tot het gelijkheidsbeginsel en, naar ik aanneem, tot de overige beginselen van behoorlijk bestuur zoals deze reeds in het administratieve recht zijn ingeburgerd.<sup>164</sup>

Ook toezeggingen door de inspecteur contra legem binden de fiscus jegens de belastingplichtige, doch in het arrest HR 26 september 1979, BNB 1979/311, wordt het belangrijke voorbehoud gemaakt 'dat de door de belastingplichtige aan de fiscus verschaft, voor diens toezegging relevante gegevens juist zijn, en dat de gedane toezegging niet zo duidelijk in strijd is met een juiste wetstoepassing dat de belastingplichtige op nakoming van die toezegging in redelijkheid niet mocht rekenen.' In dit verband moet de belastingplichtige met zijn gemachtigde worden vereenzelvigd, zoals blijkt uit HR 5 december 1979, BNB 1980/87. Blijkens de arresten HR 12 maart 1980, BNB 1980/115 en HR 4 juni 1980, BNB 1980/218, kan bij een belastingplichtige slechts te honoreren vertrouwen zijn opgewekt indien de tekst (van in casu het aanslagbiljet c.q. de Leidraad) een ondubbelzinnige mededeling bevat.

Mocht echter door de minister worden beslist dat geen termen aanwezig zijn voor het stellen van voorwaarden, dan ben ik met Rijks<sup>165</sup> van mening, dat er geen mogelijkheid bestaat hierover een beslissing van de *belastingrechter* te verkrijgen, daar geen rechtsingang aanwezig is. De jurisprudentie van de Raad van State<sup>166</sup> heeft duidelijk gemaakt dat de Wet AROB geen mogelijkheden biedt om het oordeel van de *administratieve rechter* in te roepen, indien de minister mocht weigeren voorwaarden te stellen. Ook een schriftelijke weigering is een beschikking gegeven op grond van een wettelijk voorschrift inzake belastingen, waartegen ingevolge artikel 5, letter m, Wet AROB geen voorziening openstaat. De enige weg die dan overblijft lijkt een beroep op de *burgerlijke rechter* met een actie wegens onrechtmatige overheidsdaad. Immers de gewone rechter is bereid gebleken tegen handelingen van de overheid waartegen geen beroep met een behoorlijke rechtsgang openstaat, een actie uit onrechtmatige daad ontvankelijk te achten (ook in fiscale zaken, bijvoorbeeld bij het weigeren van een vermindering van de voorlopige aanslag).<sup>167</sup>

Hierbij kan schadevergoeding of (hetgeen in casu uiteraard wordt beoogd) een bevel alsnog voorwaarden te stellen worden gevorderd. Ook de burgerlijke rechter zal het handelen van de overheid onrechtmatig achten, indien hierbij wordt gehandeld in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.



## Noten

1. Een voorganger van de huidige deelnemingsvrijstelling. Zie J.H. Christiaanse (1), blz. 38 t/m 46.
2. F.E. Schmey (1), blz. 267.
3. J. van Loon (1), blz. 350.
4. Gedr. Stukken 1939/40 no. 239, blz. 22.
5. Gedr. Stukken 1939/40 no. 239, blz. 7.
6. Nederlandse Staatscourant van 30 september 1940 no. 190.
7. Zoals J.H. Christiaanse (2) terecht opmerkt.
8. Gepubliceerd in Belastingberichten van 24 december 1942 en 26 mei 1944.
9. Gepubliceerd in V-N van 18 november 1964.
10. Zie B.A. van Tuijl (1), blz. 48, met betrekking tot het tweede voorbeeld en D. Brüll (1), blz. 298 en J.H. Christiaanse (2), blz. 243 en 244 met betrekking tot het derde voorbeeld.
11. Zitting 1959/60 no. 6000, MvT blz. 21.
12. Zitting 1962/63 no. 6000, MvA blz. 27.
13. Zitting 1968/69 no. 6000, Verslag van het mondelinge overleg, blz. 23, vraag 67.
14. Zitting 1968/69 no. 6000, NVV blz. 2.
15. Zitting 1968/69 no. 6000, NMvA blz. 4.
16. Nederlandse Staatscourant van 24 september 1970 nr. 184.
17. Zie de bespreking van het rapport van de Commissie voor de bestudering van de fiscale problemen rondom fusies (1), blz. 35.
18. O.a.: D. Brüll (1), L. Roeloffs (1), F.H.M. Grapperhaus (1), K. van der Heeden (1), D. Juch (1) en M.P. van Overbeeke (1).
19. Voor een uitvoerige behandeling van deze denkbeelden tot rechtvaardiging van de vennootschapsbelasting moge ik verwijzen naar L. Roeloffs (1), hoofdstuk III.
20. Zitting 1968/69 no. 6000, MvA blz. 2.
21. D.A.M. Meeles (1), blz. 27.
22. Vergelijk D. Brüll (1), hoofdstuk V en D. Juch (1), hoofdstuk I.
23. Vergelijk D. Juch (1), hoofdstuk I en F.H.M. Grapperhaus (1), blz. 47 e.v. en blz. 78 e.v.
24. Zie o.a. HR 8 mei 1957, BNB 1957/208 en HR 7 maart 1962, BNB 1962/166. In gelijke zin: J. Verburg (1), blz. 10 e.v.
25. Zie B. Schendstok (1).
26. In de praktijk moet worden aangenomen dat de heffing grotendeels of geheel wordt afgewenteld. Zie D.A.M. Meeles (2) en (3), blz. 240 e.v.
27. Dit 'klassieke' stelsel vormt al vele jaren een onderwerp van publikaties. Ik moge volstaan met te verwijzen naar de reeds in noot 18 genoemde dissertaties en naar S. Cnossen e.a. (1).
28. In gelijke zin B.A. van Tuijl (1), blz. 340 en 341.
29. D. Juch (1), blz. 14.
30. J.H. Christiaanse (1) en (3), blz. 11 e.v. D. Juch (1) meent daarentegen, mijns inziens ten onrechte, dat de verlengstukgedachte als species van het genus 'ne-bis-in-idem' kan worden beschouwd.
31. Deze opvatting wordt wel gehuldigd door B.A. van Tuijl (1), blz. 45.
32. Gedr. Stukken 1939/40 no. 239, blz. 22.
33. Gedr. Stukken 1939/40 no. 239, blz. 32.
34. H. Lancée (1).
35. J.J.M.H. Nijst (1).
36. J.V.L.M. Verbiest (1).
37. J. Verburg (1), blz. 9.
38. Dit is de gangbare term voor de saldering van positieve en negatieve resultaten, die het gevolg is van de fiscale eenheid.
39. G. van der Linde, (1) blz. 385 e.v., meent daarentegen dat de doelstelling van artikel 27 Besluit WB vrijwel beperkt was tot de horizontale verliescompensatie. De huidige, naar zijn

mening te ruime, opzet zou dan ook z.i. door een 'beperkte' fiscale eenheid moeten worden vervangen.

40. Uitdrukking van J. Verburg (1) blz. 13.
41. Gekarakteriseerd in de eerste regels van dit geschrift.
42. Vergelijk de in de Resolutie van 15 oktober 1974 gegeven criteria naar aanleiding van het arrest HR 7 november 1973. Soortgelijke materiële kenmerken zijn te vinden in de regeling van de Duitse Organschaft, besproken in deel II van deze studie.
43. Zie M.V.M. van Leeuwe en W.C.L. van der Grinten (1), blz. I-2 en I-3.
44. Zie B.A. van Tuijl (1), blz. 44.
45. J.W. Zwemmer (1), blz. 41.
46. Zie § 3.2.2 van hoofdstuk II.
47. Zie artikel 5, lid 1 (oud), Wet IB: 'De bestanddelen van het belastbare inkomen van een gehuwde vrouw worden aangemerkt als bestanddelen van het belastbare inkomen van haar man, tenzij . . . '.
48. M.J.H. Smeets (1), blz. 384 en 385.
49. Naast de reeds genoemde opvattingen van Tekenbroek en Smeets zou ik willen vermelden: K. Rijks (1) blz. 13, Ch.P.A. Geppaart (1) en J.J.G. van Roosmalen (1) blz. 147.
50. J. Verburg (1), blz. 15.
51. C.AE. Uniken Venema (1).
52. In deze zin: N.H. de Vries en L.W. Sillevius (1), blz. 461, noot 1.
53. Voorbeelden hiervan zijn de wetsontwerpen ter bestrijding van het misbruik van de BV-vorm, waarbij de bestuurders aansprakelijk worden gesteld voor bepaalde schulden (waaronder belastingschulden) van de vennootschap.
54. B.A. van Tuijl (1), blz. 42.
55. Korte Toelichting Wet IB, § 15, eerste lid.
56. Zie hoofdstuk II.
57. K. Sneep (1), blz. 715.
58. D.A.M. Meeles (1), blz. 21.
59. In de praktijk zal wellicht genoeg worden genomen met het feit dat het dividend op deze aandelen al (vele) jaren niet wordt geïncasseerd, met name als de statuten bepalen dat het dividend dan vervalt.
60. Zie voor het vraagstuk van feitelijk terugwerkende kracht § 1 van hoofdstuk II.
61. Vakstudie Vpb., aantekening 10 op artikel 15.
62. Zie verder § 5.6 van hoofdstuk II.
63. Artikel 7, lid 1, Boek 3 NBW luidt dan ook: 'Men neemt een goed in bezit door zich daarover de *feitelijke macht* te verschaffen.' en artikel 13, lid 1, NBW: 'De bezitter van een goed *wordt vermoed* rechthebbende te zijn.' (cursivering door mij, v.S.).
64. J. Verburg (1), blz. 21.
65. Zoals blijkt uit het arrest HR 18 mei 1977, BNB 1977/250.
66. Commissie voor de bestudering van de fiscale problemen rondom fusies op blz. 30 van haar rapport (1).
- 67/68. Vakstudie Vpb., aantekening 12 op artikel 15.
69. Zie eveneens de Resolutie van 25 september 1970 (BNB 1970/233).
70. Deze voorwaarde luidde als volgt: 'De toepassing van voormelde bepalingen zal ingaan met het boekjaar (hierna aan te duiden als: verenigingstijdstip) en, voor iedere dochtermaatschappij afzonderlijk, eindigen met ingang van het (boek-)jaar, waarin een of meer aandelen in de dochtermaatschappij in andere handen dan in die van de moedermaatschappij geraken, wordende de aanvang van laatstbedoeld boekjaar hierna aangeduid als het verenigingstijdstip.'
71. Zie de Resolutie van 25 september 1970.
72. Zie M.P. van Overbeeke (1), blz. 38.
73. Zie B.A. van Tuijl (1), blz. 48.
74. Deze voorwaarden worden behandeld in § 3.4.1 e.v. van hoofdstuk II.
75. J.J. Hof (1).
76. B.A. van Tuijl (1), 48.
77. J. Verburg (1), blz. 36.

78. D. Juch (2), blz. 64.
79. M.R. Reuvers (1), blz. 1138.
80. Zitting 1959/60 no. 6000, MvT blz. 21.
81. Commissie voor de bestudering van de fiscale problemen rondom fusies op blz. 27 van haar rapport (1).
82. Zitting 1962/63 no. 6000, MvA blz. 27.
83. Zitting 1968/69 no. 6000, Tweede Nader Gewijzigd Ontwerp van Wet blz. 4.
84. J. Verburg (1), blz. 17.
85. Bespreking van het rapport van de Commissie voor de bestudering van de fiscale problemen rondom fusies (1), blz. 29.
86. Integendeel; zoals blijkt uit artikel 9, lid 1, letter h, Wet Vpb. kan een coöperatieve vereniging leden-rechtspersonen hebben.
87. K. Rijks (1), blz. 20.
88. Vergelijk C. van Raad (1), blz. 41 t/m 43.
89. Vakstudie Vpb., aantekening 9 op artikel 15.
90. D. Juch (1), blz. 67.
91. Handelingen Tweede Kamer 11 juni 1969, blz. 3193.
92. Vakstudie Vpb., aantekening 15 op artikel 15.
93. Een criterium dat ook elders in de Wet Vpb. terug te vinden is, en wel in artikel 13, lid 8, en in artikel 23d, lid 2. Ook hierbij zijn de statutaire zowel als de feitelijke doelstelling van belang.
94. Zie J. Hoogendoorn (1), blz. 113 e.v.
95. J.R. Schaafsma (1), blz. 262 noot 8.
96. Nederlandse Staatscourant van 30 september 1940 no. 190.
97. M.J. Prinsen (1), blz. 212 en 213.
98. V.S. Ohmstede en J.J. de Klerck (1), blz. 101 en 102.
99. V-N 1960, blz. 787 e.v.
100. J. Verburg (1), blz. 18.
101. B.A. van Tuijl (1), blz. 47.
102. O.a. gehuldigd door M. Romijn in zijn aantekening bij het arrest HR 12 maart 1980 in FED IB '64: Art. 2 : 10.
103. Impliciet in gelijke zin: J. Verburg (1), blz. 18.
104. Hierbij behoeft zeker niet uitsluitend te worden gedacht aan de (grote) multinationals – zie P. den Boer in zijn bijdrage 'De positie van de (multinationale) onderneming', als hoofdstuk V opgenomen in 'Het verrekeningsstelsel in opmars: wat doet Nederland?'.  
105. C. van Raad en F.C. de Hosson (1), blz. 771.
106. Deze voorwaarde, waarvan Van Tuijl zich afvraagt (1) (blz. 46 noot) waarom het geen standaardvoorwaarde is, vertoont in opzet en uitwerking veel overeenkomsten met de (sterk verwante) 3e standaardvoorwaarde. Zie § 3.3.1 e.v. van hoofdstuk II.
107. Ook in dit opzicht is deze problematiek vergelijkbaar met de problematiek van de voórvoegingsverliezen. Zie § 3.3.1 e.v. van hoofdstuk II.
108. Zie K. Rijks (1), blz. 16 en 17.
109. Zie standaardvoorwaarde 15.
110. Bijvoorbeeld voortvloeiend uit artikel 3, lid 3, van het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting.
111. Zie § 2.4.
112. Zie verder hoofdstuk II.
113. Zie o.a.: D. Brüll (2) en N. Nobel e.a. (1).
114. Commissie voor de bestudering van de fiscale problemen rondom fusies op blz. 28 en 29 van haar rapport (1).
115. J. Verburg (1), blz. 72.
116. Zie HR 25 juni 1969, BNB 1969/202 en HR 26 april 1978, BNB 1978/140.
117. Zie P. den Boer (1), blz. 296.
118. J. Verburg (1), blz. 18.
119. D. Juch (3), blz. 334.
120. Met name de keuze tussen de vrijstellingsmethode en de verreken(credit) methode is vooral na het verschijnen van de ontwerp-EG-richtlijn van 15 juli 1975, waarbij het verrekenstelsel



- voor de vennootschapsbelasting in de EG is voorgesteld, zeer in discussie. Mede gezien de ruime aandacht die de laatste jaren in de fiscale literatuur aan dit onderwerp is besteed, blijft dit aspect hier verder buiten beschouwing. Ik moge verwijzen naar: M.R. Reuvers (2), H.J.W. Klein Wassink (1), F.C. de Hosson (1), (2), (3) en M.J. Ellis (1).
121. Zie de Richtlijn van de Raad van de EG van 19 december 1977, betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten op het gebied van de directe belastingen.
  122. Namens de Commissie heeft de heer Burke op 9 juni 1980 verklaard dat de Raad op dit terrein sedert 1973 niets meer ondernomen heeft. (Publikatieblad van de EG, C 178, d.d. 16 juli 1980).
  123. Zie punt 2 van de Resolutie van 25 september 1970.
  124. Punt 3 van genoemde resolutie.
  125. Vakstudie Vpb., aantekening 14 op artikel 15.
  126. B.A. van Tuijl (2), blz. 342 en 343.
  127. Zo ook indien dit resultaat weliswaar niet negatief, doch wel geringer is dan het bedoelde verlies.
  128. Aanpassing van de tekst van deze voorwaarde lijkt voor deze gevallen wel wenselijk.
  129. Punt 3c van de Resolutie van 29 november 1972 (BNB 1973/44).
  130. Zie standaardvoorwaarde 10, behandeld in § 3.5.3 van hoofdstuk II.
  131. Vakstudie Vpb., aantekening 7 op artikel 15.
  132. Zie de arresten: HR 28 mei 1952, B. 9227, HR 12 april 1967, BNB 1967/144 en HR 14 juni 1972, BNB 1973/239.
  133. Zie hoofdstuk II.
  134. De officiële publikatie vindt plaats in de Staatscourant; de publikatie in de BNB vertoont een afwijking (zie hoofdstuk II).
  135. D. Brüll (3), blz. 7. Zie tevens Ch.P.A. Geppaart (2), blz. 140 e.v.
  136. Ondergetekende heeft de eer het navolgende amendement voor te stellen:  
 In artikel 14 worden de volgende wijzigingen aangebracht:  
 A. In het eerste lid wordt 'op verzoek van beide belastingplichtigen' vervangen door: op een schriftelijk bij de inspecteur gedaan verzoek van de beide belastingplichtigen gezamenlijk. Voorts wordt 'mits de door Onze Minister nader te stellen voorwaarden zijn vervuld' vervangen door: mits de door de inspecteur met machtiging van Onze Minister nader te stellen voorwaarden zijn vervuld. In het verzoekschrift wordt domicilie gekozen binnen het Rijk.  
 B. Na het derde lid worden twee leden toegevoegd, luidende:  
 4. De in het eerste lid bedoelde voorwaarden worden gesteld bij uitspraak. De inspecteur zendt een afschrift van de uitspraak bij aangetekende brief aan de beide belastingplichtigen gezamenlijk of reikt het hen tegen ontvangstbewijs uit.  
 5. Ingeval de uitspraak van de inspecteur geheel of ten dele wordt vernietigd, stelt de inspecteur, nadat de vernietiging onherroepelijk is geworden, de in het eerste lid bedoelde voorwaarden opnieuw vast.  
 Toelichting:  
 Dit amendement beoogt een grotere rechtsbescherming dan het regeringsvoorstel geeft. Zitting 1968/69, nr. 6000 — Amendement van de heer Koning.
  137. Met name de invoering van de 17e standaardvoorwaarde.
  138. Zie het antwoord van de staatssecretaris (ontvangen op 27 juli 1978) op de derde Kamervraag van de heer Notenboom, betrekking hebbend op de 17e standaardvoorwaarde. Gepubliceerd o.a. in V-N 1978, blz. 1348.
  139. Vergelijk F.H.M. Grapperhaus (2).
  140. Zie § 8.4 hierna.
  141. F.H.M. Grapperhaus (2), blz. 31 e.v.
  142. De Commissie voor de bestudering van de fiscale problemen rondom fusies op blz. 42 en 43 van haar rapport (1).
  143. Vergelijk K. Sneep (2), blz. 410.
  144. H.J.W. Klein Wassink (2), blz. 67.
  145. J.P. Scheltens (1), blz. 314d e.v.

146. Hofstra, die meent dat aanvaarding in wezen een fiscaal compromis tot stand doet komen (beide zijn namelijk, ook in zijn visie, publiekrechtelijke overeenkomsten), lijkt de conclusie, dat aanvaarding een beroep op de rechter niet verhindert, niet onaantastbaar. H.J. Hofstra (1), blz. 173.
147. K. Sneep (2), blz. 410.
148. J.P. Scheltens (1), blz. 319.
149. Zitting 1968/69 no. 6000, Verslag van het mondeling overleg blz. 3 (vraag 8).
150. Zitting 1968/69 no. 6000, Vierde nota van wijziging blz. 3.
151. Aanvangende met de woorden: 'wordende onder die voorwaarden mede begrepen . . . '.
152. De tekst van artikel 15 Wet Vpb. spreekt van: 'voorwaarden die betrekking kunnen hebben op het bepalen van de in een jaar genoten winst, de toelaatbare reserves, de verrekening van verliezen en de vervreemding van de in het eerste lid bedoelde aandelen'.
153. De voorwaarden mogen slechts strekken ter verzekering van de heffing en de invordering van de belasting.
154. Th.S. IJsselmijden (1), blz. 51.
155. In gelijke zin: J.E.A.M. van Dijk (1), blz. 59 en D. Scheer (1), blz. 724.
156. FED IB '64: Art. 18 : 25 met aantekening van Langereis.
157. J. Verburg (1), blz. 33.
158. Zie hoofdstuk II.
159. H.J.W. Klein Wassink (2), blz. 130.
160. Vergelijk: HR 28 september 1960, BNB 1960/331.
161. O.a. Hof Arnhem 27 mei 1964, BNB 1964/191.
162. In gelijke zin: De arresten van de Hoge Raad van 12 april 1978, BNB 1978/135 en 136.
163. Zie Ch.P.A. Geppaart (3), blz. 205.
164. J. in 't Veld (1).
165. K. Rijks (1), blz. 26.
166. Zie de uitspraak van de Raad van State, afdeling rechtspraak, kamer I, gedateerd 4 januari 1977.
167. Zie K. Sneep (3), blz. 278.

# De standaardvoorwaarden

## 1. Inleiding

Een analyse van de standaardvoorwaarden is noodzakelijk om een goed inzicht te verkrijgen in het functioneren van het huidige regime. Zij kan tevens dienen ter nadere ondersteuning van de reeds hiervóór geponeerde stelling, dat een integrale wettelijke regeling van de fiscale eenheid mogelijk is en dat een zodanige regeling te preferen is boven de huidige regeling.

De concrete standaardvoorwaarden kunnen, naar hun aard beschouwd, globaal in vier groepen worden ingedeeld:

- voorwaarden die primair gestalte geven aan de consolidatie (de voorwaarden 1, 2, 4 en 11 t/m 13);
- voorwaarden die trachten te verhinderen dat door het tot stand komen of het verbreken van de fiscale eenheid een verruiming van de verliescompensatie zou ontstaan (de voorwaarden 3, 14 en 15);
- voorwaarden die trachten misbruik van het regime, gericht op de onbelaste realisatie van boekwinst, te voorkomen (de 16e en 17e standaardvoorwaarde);
- voorwaarden van formeel-technische aard, die de omvang van de materiële belastingschuld niet raken (de voorwaarden 5 t/m 10, 18 en 19).

Bij de hierna volgende beschouwing zal ik, in plaats van de feitelijke volgorde van de standaardvoorwaarden, de hierboven gegeven systematische indeling aanhouden.

Daar het voor individuele gevallen soms nodig is incidenteel aanvullende voorwaarden te stellen, zullen (waar nodig en mogelijk) ook een aantal meer-malen gestelde aanvullende voorwaarden in de beschouwing worden betrokken.

Uitgangspunt voor de hierna volgende analyse vormen de standaardvoorwaarden zoals deze laatstelijk op 22 augustus 1978 zijn gepubliceerd (BNB 1978/266). Waar nodig zal ook aandacht worden geschonken aan vorige versies van de standaardvoorwaarden.

## 2. Betekenis en invloed van standaardvoorwaarden

Het, door publikatie van standaardvoorwaarden, kenbaar maken welke voor-



waarden normaliter zullen worden gesteld, vergroot de zekerheid vooraf voor de belastingplichtige omtrent de fiscale gevolgen van zijn handelen; reden waarom tijdens de parlementaire behandeling op publikatie werd aangedrongen. In feite vond van 1942 af publikatie plaats in de vakpers<sup>1</sup>, nadat reeds in 1940 enige mededelingen inzake de toepassing van artikel 27 van het Besluit op de Winstbelasting 1940 in de Staatscourant waren gepubliceerd.<sup>2</sup> De versies, gepubliceerd onder de werking van de Wet Vpb. dateren van 24 september 1970, 5 december 1972, 27 februari 1976 en 22 augustus 1978.

Hoewel de 'nader te stellen voorwaarden' uit de wet niet zonder meer vereenzelvigd mogen worden met de gepubliceerde standaardvoorwaarden, zoals de staatssecretaris terecht heeft gesteld<sup>3</sup>, mag een belastingplichtige verwachten dat de standaardvoorwaarden normaliter zullen gelden als nader te stellen voorwaarden. Anders zou aan de publikatie van standaardvoorwaarden de ratio komen te ontvallen. De minister is van oordeel dat publikatie van standaardvoorwaarden evenwel geen beperking inhoudt van zijn bevoegdheid om in concrete gevallen, die daartoe aanleiding geven, afwijkende en/of aanvullende voorwaarden te stellen. Met IJsselmuiden<sup>4</sup> en Rijks<sup>5</sup> ben ik van mening dat afwijking van de standaardvoorwaarden door de bijzondere omstandigheden van het geval gerechtvaardigd dient te worden. Naar mijn mening ligt deze opvatting ook besloten in de resolutie<sup>6</sup>, waarin wordt medegedeeld dat 'naar gelang de bijzondere omstandigheden van het individuele geval' de voorwaarden zullen worden gewijzigd en/of aangevuld. Door hun publikatie gaan de standaardvoorwaarden weliswaar niet behoren tot de 'krachtens de belastingwet uitgevaardigde algemene voorschriften', maar wordt wel het vertrouwen opgewekt dat de minister normaliter deze voorwaarden zal stellen.

Het verschijnsel, dat een administratief orgaan regels stelt, waarin wordt aangegeven op welke wijze gebruik zal worden gemaakt van een door de wet gegeven bevoegdheid, duidt men in het administratieve recht aan met de term 'pseudo-wetgeving'.<sup>7</sup> Deze regels behoren, zoals iedere administratieve rechtshandeling, overeenkomstig de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te worden vastgesteld. Zoals gesteld in § 8.1 van het vorige hoofdstuk kan dit er toe leiden dat de rechter de concrete voorwaarden voor een bepaalde fiscale eenheid, die zijn afgeleid van de standaardvoorwaarden, als zijnde in strijd met de wet of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, kan vernietigen.

De in de afgelopen jaren aangebrachte wijzigingen in de standaardvoorwaarden hielden soms een versoepeling, soms echter ook een verscherping in van het fiscale eenheidregime. Dit doet de vraag rijzen van welk moment af het gewijzigde regime toepassing zal moeten resp. kunnen vinden.

Verburg meent, uitgaande van het pseudo-wettelijk karakter van de standaardvoorwaarden<sup>8</sup>, dat wijziging van het voorwaardenbeleid geen gevolgen mag hebben voor fiscale eenheden aangevraagd vóór het moment, waarop aan de wijziging algemene bekendheid is gegeven. Ook Rijks<sup>9</sup> meent, echter uitgaande van het overeenkomst-karakter van de individueel gestelde voorwaarden, dat voor terugwerkende kracht van een nieuwe voorwaarde geen plaats is.

In zijn visie moeten de gepubliceerde standaardvoorwaarden niet worden gezien als bindend recht, maar als een openbaar aanbod, dat bestemd is voor alle daarvoor in aanmerking komende belastingplichtigen en dat een bereidverklaring inhoudt om op basis van de gepubliceerde voorwaarden met hen te contracteren.

Deze problematiek is aan de orde gekomen in een vraag van het Kamerlid Notenboom, betrekking hebbend op de wijziging van de standaardvoorwaarden per 27 februari 1976.<sup>3</sup> De staatssecretaris was van oordeel dat er in feite geen sprake was van regimewijziging, daar in daartoe aanleiding gevende gevallen de huidige 17e standaardvoorwaarde, ook reeds vóór de publikatie daarvan in de gewijzigde standaardvoorwaarden, als bijzondere voorwaarde zou zijn gesteld.

Er van uitgaande dat de standaardvoorwaarden bedoeld zijn om de rechtszekerheid voor belastingplichtigen te bevorderen, acht ik dit antwoord onbevredigend, aangezien afwijkende voorwaarden nu eenmaal niet worden gepubliceerd en dus voor de (overige) belastingplichtigen niet kenbaar zijn. Voorts zou de aanvullende voorwaarde dan ook in feite in vrijwel alle gevallen moeten zijn gesteld, hetgeen duidelijk in strijd is met het karakter van afwijkende en/of aanvullende voorwaarden, zoals hiervóór uiteengezet.

De huidige 17e standaardvoorwaarde is bij mijn weten voorheen nooit als bijzondere voorwaarde gesteld of als zodanig aangekondigd. Belastingplichtigen die hun aanvragen indienden vóór wijziging van de standaardvoorwaarden mochten erop vertrouwen dat de aan hen te stellen voorwaarden niet zouden afwijken van de gepubliceerde standaardvoorwaarden, tenzij zich in hun geval een bijzondere omstandigheid voordeed. De stelling dat dit vertrouwen in casu niet opgewekt kon zijn, omdat belastingplichtigen een bijzondere aanvullende voorwaarde, overeenkomstig de huidige 17e standaardvoorwaarde, konden verwachten is naar mijn mening onjuist, daar de 17e standaardvoorwaarde gezien zijn (te) ruime bewoordingen juist tracht *onvoorziene* vormen van oneigenlijk gebruik van het regime te voorkomen. Dat bij aanvraag van de fiscale eenheid reeds duidelijke aanwijzingen voor misbruik aanwezig zijn, zal mijns inziens slechts bij uitzondering voorkomen en zeker niet bij alle gevallen, die op het moment van wijziging der standaardvoorwaarden in behandeling waren en waarop de nieuwe standaardvoorwaarden zijn toegepast. Dit blijkt ook uit het antwoord van de staatssecretaris.<sup>3</sup> Slechts in enkele van de naar schatting duizend gevallen, die in behandeling waren, was het aannemelijk dat een aanvullende voorwaarde, ter bestrijding van te verwachten oneigenlijk gebruik, zou zijn gesteld. De overige aanvragers, bij welke oneigenlijk gebruik niet concreet te verwachten was, hebben deze voorwaarde, in strijd met het bij hen opgewekte vertrouwen, toch opgelegd gekregen. Mocht in *deze* gevallen over het al dan niet toepassen van de 17e standaardvoorwaarde een conflict met de fiscus ontstaan, dan meen ik dat belastingplichtigen een beroep kunnen doen op het bij hen door de Resolutie van 5 december 1972 opgewerkte vertrouwen, mits in casu bij hen geen bijzondere omstandigheden aanwezig waren die gewijzigde en/of aanvullende voorwaarden waarschijnlijk zouden hebben gemaakt.



### 3. De voorwaarden die primair gestalte geven aan de consolidatie

#### *Standaardvoorwaarde 1:*

Binnen een door de inspecteur over de gemeente van vestiging van de moedermaatschappij te stellen termijn wordt bij deze inspecteur, ter bepaling van het zuiver vermogen van de combinatie op het verenigingstijdstip een vermogensopstelling ingeleverd van de combinatie. In deze vermogensopstelling worden de activa van de moedermaatschappij en de dochtermaatschappijen gewaardeerd naar de tot dusver door iedere maatschappij gevolgde gedragslijn. De winstberekening van de combinatie zal plaatsvinden volgens de gedragslijn waarnaar de activa en de passiva in de vorenbedoelde vermogensopstelling zijn gewaardeerd.

#### *3.1. De geconsolideerde balans*

De combinatie – de moedermaatschappij waarin de dochtermaatschappij voor de heffing van de vennootschapsbelasting geacht wordt te zijn opgegaan<sup>9</sup> – komt tot stand op het verenigingstijdstip, zijnde het tijdstip waarop de toepassing van artikel 15 Wet Vpb. een aanvang neemt. Alle activa en passiva van de dochtermaatschappij worden vanaf dit tijdstip geacht te behoren tot het fiscale vermogen van de moedermaatschappij.<sup>10</sup>

Aan de moeder/dochterverhouding komt fiscaal een fictief einde, zodat de deelneming uit het fiscale vermogen van de moedermaatschappij verdwijnt, waarvoor de activa en passiva van de dochtermaatschappij tegen de voor haar geldende fiscale boekwaarden in de plaats treden. De fiscale boekwaarde van de deelneming bij de moedermaatschappij zal vaak afwijken van de fiscale boekwaarde van het vermogen van de dochtermaatschappij. Alsdan ontstaat per het verenigingstijdstip bij de moedermaatschappij een vermogenssprong welke negatief is indien de waardering van de deelneming ligt boven het fiscale vermogen van de dochter en positief in het tegenovergestelde geval.

Voorbeeld:

#### Fiscale balans BV M (vóór voeging)

Deelneming BV D	400	Passiva	700
Overige activa	800	Vermogen	500

#### Fiscale balans BV D (vóór voeging)

Activa	500	Passiva	200
		Vermogen	300

#### Geconsolideerde balans combinatie M/D

Activa	1300	Passiva	900
		Vermogen	400

In dit voorbeeld ontstaat dus een negatieve vermogenssprong van 100.

De vermogenssprong wordt zichtbaar op de door de combinatie in te leveren geconsolideerde balans per het verenigingstijdstip ter bepaling van het fiscale beginvermogen van de combinatie. Voor de moedermaatschappij betekent dit een wettelijk toegestane doorbreking van de balanscontinuïteit, die overigens geen invloed heeft op de winstbepaling.

In de aangifte vennootschapsbelasting over het eerste boekjaar van de combinatie dient dan ook de positieve of negatieve vermogenssprong extracomptabel te worden verwerkt. De in commerciële jaarstukken wel gevolgde gedragslijn, waarbij (een gedeelte van) de negatieve vermogenssprong als externe goodwill wordt geactiveerd en vervolgens in enkele jaren wordt afgeschreven, is fiscaal (op grond van de arresten HR 1 december 1971, BNB 1972/16 en HR 24 september 1975, BNB 1976/184) — m.i. terecht — niet toegestaan, daar geen sprake is van een vermogensbestanddeel dat los van de deelneming zelve een waarde vertegenwoordigt, waarop zou kunnen worden afgeschreven. Wijzigingen in de waarde van deze externe goodwill worden door de werking van artikel 13, lid 1, van de Wet Vpb. geneutraliseerd.

### *3.2. De stelselkeuze bij en na de voeging*

Onder de werking van artikel 27 Besluit WB (althans gedurende de periode 1944 t/m 1969) gaven de standaardvoorwaarden een wezenlijk andere regeling dan thans in de eerste standaardvoorwaarde is vervat. De tweede standaardvoorwaarde vermeldde destijds onder meer (zie V-N 18 november 1964):

‘In deze vermogensopstelling worden de activa en de passiva van de in deze beschikking genoemde maatschappijen gewaardeerd volgens het stelsel van de moedermaatschappij. De activa en passiva van een soort, welke tot dusver niet bij de moedermaatschappij voorkwam, worden gewaardeerd volgens het eigen stelsel van de dochtermaatschappij. Komen dergelijke activa en passiva bij meer dan één dochtermaatschappij voor, dan komt als waarderingsgrondslag in aanmerking het stelsel van die dochtermaatschappij, waarbij in totaal het kleinste verschil ontstaat met de som der bedragen waarvoor dit soort actief of passief bij de dochtermaatschappijen volgens haar eigen stelsel gewaardeerd zou worden’.

De toenmalige derde voorwaarde bevatte een regeling waarbij het waardeeringsverschil (positief of negatief) tussen de opstelling van de afzonderlijke maatschappijen en de combinatie deels werd geacht reeds bij invoering van de winstbelasting aanwezig te zijn geweest. In zoverre was dit verschil van invloed op de omvang van de onbelaste reserve (bedoeld in artikel 3 van de Wet belastingherziening 1950). Het restant werd verrekend met de resultaten van de combinatie over het eerste jaar na het verenigingstijdstip. De wezenlijke inbreuken op de winstbepaling die deze ingewikkelde regeling bevatte, veroorzaakten grote praktische problemen.

Het feit dat vóór 1965 stelselwijziging slechts in bijzondere omstandigheden mogelijk was, heeft uiteraard op de inhoud van deze standaardvoorwaarde



sterk een stempel gedrukt, doch na invoering van de Wet IB bleef de standaardvoorwaarde nog tot 25 september 1970 ongewijzigd gelden. Men kon toen soms manipuleren ingeval eerst de stelsels van de dochtermaatschappijen zó konden worden gewijzigd dat door de daarop volgende voeging als gevolg van de hier besproken voorwaarde op het verenigingstijdstip een grote negatieve waarde sprong ontstond.

Hoewel de huidige regeling in de eerste standaardvoorwaarde vergeleken met de oude regeling veel minder problemen oproept<sup>11</sup>, daar herwaarderingen op het verenigingstijdstip thans achterwege blijven, betekent dit niet dat de voorwaarde in de huidige vorm acceptabel is. Uit de aard van de fiscale eenheid vloeit voort dat met de activa en passiva van de dochtermaatschappij ook de ten aanzien van deze vermogensbestanddelen gevolgde gedragslijn aan de combinatie wordt toegerekend.

Daaruit volgt echter niet, dat inbreuk zou moeten worden gemaakt op de vrijheid, die aan de dochtermaatschappij toekwam om in de toekomst tot stelselwijziging over te gaan. De redactie van de laatste zin van de eerste standaardvoorwaarde lijkt echter de combinatie op de ten tijde van de totstandkoming van de fiscale eenheid geldende stelsels van winstbepaling voor de toekomst te willen vastleggen. Op dit punt is de eerste standaardvoorwaarde vergelijkbaar met de tweede standaardvoorwaarde, die bij toepassing van artikel 14, lid 2, Wet Vpb. wordt gesteld.

Ook hierbij moet t.a.v. de overgenomen zaken de voordien geldende gedragslijn worden gecontinueerd. In de hier bedoelde voorwaarde wordt echter uitdrukkelijk gesteld dat dit slechts geldt 'in de gevallen waarin ook de overdragende bel.pl. niet van stelsel zou mogen veranderen'. Het feit dat deze toevoeging in de eerste standaardvoorwaarde behorend bij artikel 15 Wet Vpb. ontbreekt, gevoegd bij de op dit punt duidelijke tekst dwingt mijns inziens tot de conclusie dat volgens de redacteur van deze standaardvoorwaarde stelselwijziging ná het verenigingstijdstip niet meer mogelijk is. Deze conclusie lijkt te worden bevestigd door de Resolutie van 25 september 1970 (BNB 1970/233), waarin wordt medegedeeld dat mocht worden voorzien dat uit het naast elkaar bestaan van verschillende stelsels *in de toekomst* praktische moeilijkheden zullen voortvloeien bij de winstberekening van de combinatie, bijvoorbeeld in het geval dat voorraden van een bepaalde soort naar tweeërlei stelsel zouden moeten worden gewaardeerd, van geval tot geval te bepalen aanvullende voorwaarden zullen worden gesteld. Bij vrije stelselkeuze zouden deze moeilijkheden vanzelfsprekend tot stelselwijziging hebben geleid.

Het vastleggen van de stelselkeuze moet naar mijn mening worden gezien als een restant van de vóór 1965 geldende strenge eisen voor stelselwijziging, welke thans achterhaald zijn. In haar huidige vorm maakt deze voorwaarde inbreuk op de begrenzing van het derde lid van artikel 15 Wet Vpb. Vandaar dat naar mijn oordeel slechts een interpretatie niet naar de letter doch naar de strekking van de standaardvoorwaarde kan worden toegepast. Hierbij zal de combinatie slechts gedurende het eerste boekjaar na het verenigingstijdstip de gedragslijn moeten continueren, zodat de vrijheid om daarna tot stelselwijziging over te



gaan niet wordt aangetast.<sup>12</sup> Zelfs bij deze interpretatie zou nog kunnen worden gesteld, dat de delegatiebevoegdheid overschreden wordt, zodat naar mijn mening de laatste volzin van de eerste standaardvoorwaarde beter kan komen te vervallen.

Een integrale wettelijke regeling van de fiscale eenheid zal op dit punt geen bijzondere bepalingen behoeven te bevatten, daar de huidige jurisprudentie een bevredigende oplossing biedt, die in overeenstemming is met de materiële kenmerken van het regime. De toerekening van fiscaal relevante omstandigheden (volgens HR 22 februari 1956, BNB 1956/132) houdt immers in dat de moedermaatschappij bij de waardering van de activa en passiva van de dochtermaatschappij tevens de bestendige gedragslijn van de dochtermaatschappij overneemt, hetgeen betekent dat de moedermaatschappij ná het verenigingstijdstip – evenals de dochtermaatschappij vóór het verenigingstijdstip – deze stelselkeuze kan herzien, mits deze herziening niet gericht is op het behalen van incidenteel fiscaal voordeel.<sup>13</sup>

### *Standaardvoorwaarde 2:*

Vorderingen van een in de combinatie begrepen naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid op een andere zodanige vennootschap daaronder begrepen die welke zijn belichaamd in obligaties, worden voor de bepaling van de winst van de creditrice over het laatste jaar voor het verenigingstijdstip gewaardeerd op de bedrijfswaarde, doch niet hoger dan de nominale waarde. Voor de bepaling van de winst van de debitrice over het laatste jaar voor het verenigingstijdstip worden tegenover voornoemde vorderingen staande schulden gewaardeerd op het bedrag waarvoor die vorderingen met inachtneming van de vorige alinea van deze voorwaarde zijn gewaardeerd bij de creditrice.

### *3.3. Onderlinge vorderingen en schulden op het verenigingstijdstip*

Niet slechts de deelneming van de moeder- in de dochtermaatschappij, doch ook onderlinge vorderingen en schulden zullen op de balans van de combinatie niet meer voor kunnen komen. De combinatie is, als gevolg van de toerekening van vermogensbestanddelen, in fiscale zin zowel schuldenaar als schuldeiser, zodat (louter fiscaal gezien) schuldvermenging optreedt. Dit zal geen problemen opleveren indien zowel de vordering als de schuld op hetzelfde (nominale) bedrag gewaardeerd zijn.

Indien de vordering in verband met de financiële situatie van de schuldenaar door de schuldeiser is afgewaardeerd zal de fiscale consolidatie leiden tot een positieve vermogenssprong tot het bedrag van de afwaardering. Het navolgende voorbeeld moge dit verduidelijken:

Fiscale balans BV M

Vordering op BV D	nihil	Passiva	200
Deelneming BV D	nihil	Vermogen	200
Overige activa	400		

## STANDAARDVOORWAARDEN

## Fiscale balans BV D

Activa	200	Schuld aan BV M	100
Negatief vermogen	200	Overige passiva	300

## Fiscale balans combinatie M/D (vóór de eliminatie)

Vordering op BV D	nihil	Schuld aan BV M	100
Overige activa	600	Overige passiva	500
		Vermogen	nihil

## Fiscale balans combinatie M/D (na de eliminatie)

Activa	600	Passiva	500
		Vermogen	100

Door de werking van de standaardvoorwaarden, zoals deze tot 1970 golden, werd deze vermogenssprong op dezelfde wijze in de heffing betrokken als de, in § 3.2 besproken, waarderingsverschillen, namelijk in het eerste fusiejaar. De huidige tweede standaardvoorwaarde voorkomt een vermogenssprong bij de combinatie door te bepalen dat de vordering en de schuld vóór het verenigingstijdstip op hetzelfde bedrag (bedrijfswaarde met nominale waarde als maximum) moeten worden gewaardeerd.

De vermogenssprong ontstaan door de lagere waardering van de schuld zal tot hetzelfde bedrag het vermogen van de dochtermaatschappij in het laatste boekjaar vóór het verenigingstijdstip verhogen, zodat er op het verenigingstijdstip geen vermogenssprong kan optreden.

## Fiscale balans BV M

Vordering op BV D	nihil	Passiva	200
Deelneming BV D	nihil	Vermogen	200
Overige activa	400		

## Fiscale balans BV D (na toepassing 2e standaardvoorwaarde)

Activa	200	Schuld aan BV M	nihil
Negatief vermogen	100	Overige passiva	300

## Fiscale balans combinatie M/D

Activa	600	Passiva	500
		Vermogen	100

Deze voorwaarde leidt er toe, dat in het jaar vóór het verenigingstijdstip bij de dochtermaatschappij (in het voorbeeld) een winst optreedt ter grootte van de

afwaardering van de schuld, welke winst de bij de dochtermaatschappij nog resterende verliescompensatie vermindert, waardoor mogelijk dubbele verliescompensatie wordt voorkomen. Zonder de onderhavige voorwaarde zouden de voorvoegingsverliezen van de dochtermaatschappij immers volledig intact blijven. Zou de dochtermaatschappij later eigen winsten behalen (binnen de compensatietermijn) dan is opwaardering van de vordering bij de moeder niet meer mogelijk daar deze vordering van het verenigingstijdstip af (fiscaal gezien) geacht wordt niet langer te bestaan.

Hoewel de voorwaarde niet onredelijk is, zal zij over haar doel heenschieten als de verliezen, die de schuldeiser aanleiding gaven de vordering af te waarderen, inmiddels (geheel of gedeeltelijk) niet meer compensabel zijn door het verstrijken van de compensatietermijn. In zodanig geval dient naar mijn mening (in zoverre) deze voorwaarde achterwege te blijven, omdat het gevaar van dubbele verliescompensatie alsdan (gedeeltelijk) geweken is.

Toepassing van de tweede standaardvoorwaarde zou ontgaan kunnen worden door er voor te zorgen dat vóór het verenigingstijdstip de onderlinge vordering/schuldverhouding wordt verbroken. In dit verband volsta ik met het aanduiden van enkele 'oplossingen':

- Kwijtschelding (van het onvolwaardige deel) van de vordering door de creditrice voordat de fiscale eenheid wordt aangegaan. Door de werking van artikel 8c Wet IB blijft dan de winst, ontstaan door vermindering van de schuld, vrijgesteld voor zover deze de te verrekenen verliezen van vorige jaren en het jaar zelf (met uitzondering van de kwijtscheldingswinst) overtreft. In gevallen waarin de voorwaarde te ruim zou werken, daar dubbele verliescompensatie door het ontbreken van compensabele vóórvoegingsverliezen niet mogelijk is, kan op deze wijze de belastingheffing over de bij de debitrice anders optredende herwaarderingswinst worden voorkomen.
- Overdracht van de onderhavige afgewaardeerde vordering tegen de (lage) reële waarde aan een andere tot het concern (maar niet tot de fiscale eenheid) behorende maatschappij. Deze maatschappij zal eerst winst behoeven te nemen op de vordering bij realisatie; tot dan zal zij de boekwaarde kunnen aanhouden.
- Omzetting door de creditrice (moedermaatschappij) van het onvolwaardige deel van haar vordering op de debitrice (dochtermaatschappij) in aandelen van de dochtermaatschappij.

De arresten HR 25 juni 1969, BNB 1969/202, en HR 26 april 1978, BNB 1978/140, leren dat deze weg kan worden bewandeld zonder dat winstrealisatie optreedt. Het objectief onvolwaardige deel van de vordering kan dienen ter volstorting van de aandelen (HR 25 juni 1969, BNB 1969/202). De uitbreiding van de deelneming bij de moedermaatschappij mag worden gewaardeerd op de boekwaarde van de onvolwaardige vordering, zonder dat sprake is van realisatie van een voordeel (HR 26 april 1978, BNB 1978/140). In de laatstgenoemde twee gevallen zal echter standaardvoorwaarde 3b de mogelijkheid van dubbele verliesverrekening verhinderen.

Deze standaardvoorwaarde luidt: 'Voor zover de nog te compenseren verliezen van één der maatschappijen reeds vóór het verenigingstijdstip bij een ande-



re tot de combinatie behorende maatschappij tot uitdrukking zijn gekomen worden deze verliezen niet verrekend met de winst van de combinatie. De overige verliezen worden binnen de in artikel 20, tweede lid, van de Wet, of daarvoor in de plaats getreden wettelijke bepalingen, gestelde termijn slechts verrekend met de onder a. bedoelde, eventueel verminderde winst van die maatschappij.'

Ook deze voorwaarde, die in § 4.4 uitvoeriger zal worden behandeld, beoogt te voorkomen dat verliezen die materieel reeds tot compensatie zijn gekomen, nogmaals het resultaat beïnvloeden. Weliswaar is in de Resolutie van 25 september 1970 medegedeeld dat deze bepaling niet ziet op het geval dat nog te compenseren verlies van een maatschappij tot uitdrukking is gekomen op een vordering van een in de combinatie begrepen naamloze vennootschap op vorenbedoelde maatschappij, doch hiervoor gold als motivering dat in dat geval de tweede standaardvoorwaarde werkt. Juist in de geschetste gevallen kan deze voorwaarde niet (meer) werken daar de vordering/schuldverhouding verbroken is. Redelijke uitleg van de resolutie en voorwaarde 3b zal dan ook moeten leiden tot de constatering dat de voorwaarde 3b in deze gevallen wel van toepassing is.

Mocht de tweede standaardvoorwaarde zijn gesteld zonder dat er vóórvoegingsverliezen zijn die voor 'dubbele' compensatie kunnen worden benut, dan kunnen de geschetste mogelijkheden wel worden toegepast, zonder dat voorwaarde 3b dit zal kunnen beletten. Deze voorwaarde heeft immers uitdrukkelijk slechts betrekking op vóórvoegingsverliezen.

Naar mijn mening zal de tweede standaardvoorwaarde kunnen vervallen daar, zoals hiervóór uiteengezet, deze voorwaarde niet van betekenis is voor de vermogensbepaling. Wel kan deze voorwaarde dubbele verliescompensatie voorkomen, doch zonder deze voorwaarde (en uiteraard de desbetreffende mededeling in de Resolutie van 25 september 1970) geeft voorwaarde 3b naar mijn oordeel een beter resultaat.

### *3.4. Obligaties*

Reeds onder de vigour van de DTB stelde de Hoge Raad, in het arrest van 14 december 1938, B. 6826, obligaties gelijk aan vorderingen, zodat de zinsnede: 'daaronder begrepen die welke zijn belichaamd in obligaties' als verduidelijking zal zijn bedoeld. Ook bij obligaties zal de tweede standaardvoorwaarde vermogenssprongen veroorzaakt door de fiscale schuldvermenging op het verenigingstijdstip moeten voorkomen.

Zoals reeds in de vorige paragraaf uiteengezet (en met voorbeelden toegevoegd) heeft naar mijn mening de voorwaarde per saldo geen betekenis voor de vermogensbepaling en geeft zij in feite een overbodige regeling. Naar de strekking beoordeeld zal deze bepaling slechts op onderhands door de dochtermaatschappij bij de moedermaatschappij (of omgekeerd) geplaatste obligaties behoren te worden toegepast en niet op ter beurze door de moedermaatschappij gekochte obligaties, welke de moedermaatschappij als belegging aanhoudt en welke zij desgewenst weer aan derden kan verkopen. Deze obligaties zullen naar

mijn mening ook ná het verenigingstijdstip op de beurskeurs moeten worden gewaardeerd. De moedermaatschappij kan immers ook tijdens de voegingsperiode obligaties in de dochtermaatschappij verwerven.

In de praktijk zal de waardering boven pari vooral bij converteerbare obligaties voorkomen.<sup>14</sup> Rijks<sup>15</sup> meent dat converteerbare obligaties tot aan de conversie gewone vorderingen zijn, die als zodanig onder de waarderingsregels van de 2e standaardvoorwaarde vallen, zodat het bedrag door de moedermaatschappij betaald *boven* de nominale waarde ten laste van de winst over het jaar vóór het verenigingstijdstip moet worden gebracht. Ik meen dat Rijks ten onrechte het conversierecht, behorend bij deze obligaties, buiten beschouwing laat. Naar mijn mening zullen converteerbare obligaties slechts dan als gewone vorderingen kunnen worden beschouwd ingeval geen betaling voor het conversierecht heeft plaatsgevonden en dit recht op het verenigingstijdstip ook geen waarde heeft. In het algemeen zal het bedrag betaald boven de nominale waarde de tegenwaarde vormen voor het conversierecht. Met name is dit het geval indien het rentetype van de converteerbare obligatielening niet naar boven afwijkt van de marktrente. Men zou kunnen stellen dat de converteerbare obligatie economisch tevens aandeelhoudersrechten vertegenwoordigt. De converteerbare obligaties geven de houdster als het ware een optierecht op uitbreiding van haar deelneming in de dochtermaatschappij en daarmee recht op een deel van de waarde van het vermogen van deze maatschappij. Na conversie zal deze waarde, voor zover begrepen in de kostprijs van de converteerbare obligaties, normaliter dan ook deel uitmaken van het voor de deelneming opgeofferd bedrag.

Ik meen dat ten departemente terecht de mening wordt gehuldigd dat de waarderingsregel van de tweede standaardvoorwaarde niet geldt voor converteerbare obligaties, gezien de samenhang met de aandelen van de dochtermaatschappij. Bij voeging zal het boven pari betaalde bedrag dan ook niet ten laste van de winst over het boekjaar vóór het verenigingstijdstip kunnen worden gebracht. De combinatie zal mijns inziens de converteerbare obligaties tot het conversiemoment als actiefpost moeten blijven beschouwen, daar de verworven converteerbare obligaties in het vermogen van de combinatie een geheel andere plaats innemen dan een gewone obligatieschuld.<sup>16</sup> Het boven pari betaalde bedrag zal bij conversie gedurende de voegingsperiode alsnog deel gaan uitmaken van de niet ten laste van het fiscale resultaat komende positieve- of negatieve vermogenssprong, terwijl het nominale bedrag alsdan in mindering op de obligatieschuld zal komen, evenals bij aflossing van de obligatie tegen nominale waarde.

Bijgevolg zouden de 11e en 13e standaardvoorwaarde moeten worden aangevuld c.q. gewijzigd, daar in de daar bedoelde gevallen wijziging zal optreden in de positieve- of negatieve vermogenssprong *gedurende* de voeging (van belang voor toepassing van de 11e standaardvoorwaarde – zie § 3.6), terwijl deze obligaties uiteraard bij splitsing van de fiscale eenheid eveneens boven pari moeten worden gewaardeerd (zie § 3.7).



### 3.5. *Aandelen moedermaatschappij in handen van te voegen dochtermaatschappij*

Indien op het verenigingstijdstip de te voegen dochtermaatschappij in het bezit is van aandelen in de moedermaatschappij werd een aanvullende voorwaarde gesteld die overdracht aan de moedermaatschappij tegen de waarde in het economisch verkeer en intrekking van deze aandelen vorderde.<sup>17</sup> Als gevolg van deze voorwaarde werd bij de dochtermaatschappij in het jaar voorafgaande aan het jaar dat aanving met het verenigingstijdstip de boekwinst in de belastingheffing betrokken, tenzij het aandelenbezit een deelneming ex. artikel 13 Wet Vpb. vormde.

Na het arrest HR 14 maart 1979, BNB 1979/153, behoeft bovenvermelde aanvullende voorwaarde niet meer te worden gesteld. De Hoge Raad kwalificeert de aankoop van aandelen van de moedermaatschappij (als deze maatschappij geen beursfonds is) als middelrijke inkoop, daar deze aandelen geen reëel vermogensbestanddeel vormen, zodat deze aandelen fiscaal reeds als ingetrokken moeten worden beschouwd bij aankoop door de dochtermaatschappij.

Indien de participatie een voorbijgaande belegging vormt<sup>18</sup>, zal op het verenigingstijdstip ook de combinatie de aandelen ter belegging houden, daar op grond van HR 22 februari 1956, BNB 1956/132, niet slechts de activa en passiva, doch tevens de omstandigheden welke zonder de fusie bepalend of mede bepalend zouden zijn geweest voor de belastingheffing t.a.v. de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij moeten worden toegerekend. Activering der aandelen blijft naar mijn mening alsdan mogelijk. Het Haagse Hof heeft op 5 augustus 1959, BNB 1960/246, beslist dat dividend op deze aandelen uitgekeerd, de winst van de combinatie niet verhoogt.

Gedurende de voegingsperiode door de dochtermaatschappij gekochte aandelen in de moedermaatschappij zullen echter wel geacht moeten worden door de moedermaatschappij te zijn ingekocht, daar alsdan de omstandigheden en motieven van de dochtermaatschappij, gezien de fictieve fusie, voor de heffing van de *vennootschapsbelasting* niet meer relevant zijn. Terecht wordt dan ook in het onderschrift bij de uitspraak van 5 augustus 1959 (BNB 1960/246) door de staatssecretaris het standpunt ingenomen dat: 'indien een dochtermaatschappij, die krachtens art. 27 van het besluit voornoemd in de moedermaatschappij is opgegaan, aandelen in de moedermaatschappij koopt, deze aandelen voor de heffing van de venn.bel. geacht moeten worden door de moedermaatschappij te zijn gekocht.'

#### *Standaardvoorwaarde 11:*

Van het splitsingstijdstip af zal de door de splitsing weder afzonderlijk belastingplichtig geworden dochtermaatschappij dezelfde gedragslijn blijven volgen welke de combinatie tot dat tijdstip volgde met betrekking tot de waardering van de activa en de passiva welke civielrechtelijk tot het vermogen van de dochtermaatschappij behoorden.

Voor de toepassing van artikel 13, vijfde lid, van de Wet wordt het voor de verkrijging van de aandelen in de dochtermaatschappij opgeofferde bedrag op het splitsingstijdstip gesteld op het evenredig deel van het voor de vennootschapsbelasting in aanmerking te nemen zuiver ver-



mogen van de dochtermaatschappij, nadat dit is verminderd met de toelaatbare reserves. Indien in het opgeofferde bedrag voor de aandelen in de dochtermaatschappij op het verenigingstijdstip goodwill en stille reserves begrepen zijn die tengevolge van de richtlijnen neergelegd onder 1e niet tot uitdrukking komen in het beginvermogen van de combinatie mag, voor zover deze goodwill en stille reserves op het splitsingstijdstip bij de dochtermaatschappij nog aanwezig zijn, de tegenwaarde daarvan bij het in de vorige volzin bedoelde opgeofferde bedrag worden gevoegd. Als op het verenigingstijdstip in het opgeofferde bedrag aanwezige goodwill en stille reserves wordt beschouwd het bedrag waarmee dit opgeofferde bedrag overtreft het zuiver vermogen van de dochtermaatschappij minus de fiscale reserves volgens haar laatste balans vóór het verenigingstijdstip.

Overtreft laatstbedoeld zuiver vermogen het opgeofferd bedrag per het verenigingstijdstip, dan wordt het verschil in mindering gebracht op het in de tweede alinea bedoelde opgeofferde bedrag. De aandelen in de dochtermaatschappij worden per het verenigingstijdstip gewaardeerd op het op de voet van de vorige alinea's berekende opgeofferde bedrag.

### 3.6. De splitsing

Zodra niet langer aan de in artikel 15, eerste lid, van de wet omschreven vereisten wordt voldaan zal de splitsing van de fiscale eenheid bij de aanvang van het jaar een feit zijn. De objectieve belastingplicht van de dochtermaatschappij herleeft. Het facultatieve karakter van de regeling noodzaakt tot handelen in strijd met het wezen van de fusiegedachte; datgene wat tot één geheel is samengesmolten moet worden gesplitst. De civieljuridische zelfstandigheid van de dochtermaatschappij is thans ook fiscaalrechtelijk weer bepalend, zodat per het splitsingstijdstip iedere maatschappij afzonderlijk de civielrechtelijk tot haar vermogen behorende activa en passiva moet waarderen. De elfde standaardvoorwaarde bepaalt dat hierbij dezelfde gedragslijn moet worden gevolgd die tot het splitsingstijdstip door de combinatie ten aanzien van deze vermogensbestanddelen werd gevolgd. Naar mijn mening zal, analoog aan het gestelde bij de eerste standaardvoorwaarde, hierbij geen inbreuk mogen worden gemaakt op de vrijheid van stelselkeuze binnen de door de jurisprudentie op dit punt gestelde grenzen.

De splitsing van de fiscale eenheid laat de deelnemingsverhouding herleven en bijgevolg de deelneming als actiefpost en het opgeofferd bedrag als extra-comptabele grootte. Onder het Besluit Vpb. was de vaststelling van de fiscale boekwaarde van de deelneming op het splitsingstijdstip van groot belang, gezien het feit dat wijzigingen in de waarde van de deelneming in principe van invloed waren op de belastingheffing. Door de uitbreiding van de deelnemingsvrijstelling in de Wet Vpb. tot de waardeveranderingen van de deelneming is op dit punt aan de onder het Besluit Vpb. toegepaste 11e standaardvoorwaarde het belang ontvallen. Deze voorwaarde was vooral bedoeld om misbruik van artikel 27 Besluit WB te voorkomen. Een dergelijke anti-misbruik bepaling is echter ook thans nog van belang in die gevallen waarin de 16e standaardvoorwaarde (c.q. artikel 30, lid 2, Wet Vpb.) de deelnemingsvrijstelling uitschakelt.

De huidige 11e standaardvoorwaarde dient een dubbel belang. Primair vormt deze voorwaarde de basis voor de toepassing van artikel 13, lid 5, Wet Vpb. na verbreking van de fiscale eenheid, door een regeling te geven voor de bepaling van het opgeofferd bedrag op het splitsingstijdstip. Doch bovendien

dient de 11e standaardvoorwaarde – als voorheen – de toepassing (in voorkomende gevallen) van de 16e standaardvoorwaarde doordat in de slotzin van de 11e standaardvoorwaarde de regeling ter bepaling van het opgeofferd bedrag tevens van toepassing wordt verklaard op de waardering van de deelneming op het splitsingstijdstip.

Genoemde regeling in de 11e standaardvoorwaarde (in wezen vrijwel gelijk aan de regeling in de 'oude' 11e standaardvoorwaarde) tracht te voorkomen<sup>19</sup> dat, gedurende het bestaan van de fiscale eenheid, van de moeder- naar de dochtermaatschappij verschoven goodwill en/of stille reserves van invloed zijn op de waarde van de deelneming, hetgeen zou leiden tot een te lage (belaste!) koerswinst, zodat de 16e standaardvoorwaarde alsdan niet of slechts gedeeltelijk effect zou sorteren. De voorwaarde schrijft voor dat het opgeofferd bedrag wordt gelijkgesteld aan het fiscale vermogen van de betreffende dochtermaatschappij, of, nauwkeuriger gezegd, het (evenredig deel van het) voor de vennootschapsbelasting in aanmerking te nemen zuiver vermogen, verminderd met de toelaatbare reserves. Dit bedrag *mag* worden vermeerderd met de forfaitair bepaalde goodwill en stille reserves per het verenigingstijdstip ('het bedrag waarmee dit opgeofferd bedrag overtreft het zuiver vermogen van de dochtermaatschappij minus de fiscale reserves volgens haar laatste balans vóór het verenigingstijdstip') indien en voorzover deze goodwill en stille reserves op het splitsingstijdstip bij de dochtermaatschappij nog aanwezig zijn. Daar een lagere vaststelling van het opgeofferd bedrag zal inhouden dat een eventueel liquidatieverlies ex artikel 13, lid 5, Wet Vpb. geringer van omvang zal zijn, zal in de praktijk bijtelling niet achterwege blijven, zodat het voorschrift op dit punt beter imperatief geredigeerd had kunnen worden. Dit zou ook een betere aansluiting geven bij de spiegelbeeldsituatie. Mocht immers het zuiver vermogen van de dochtermaatschappij minus de fiscale reserves volgens haar laatste balans vóór het verenigingstijdstip het opgeofferd bedrag op dit tijdstip overtreffen, dan *moet* het verschil in mindering worden gebracht.

Bij dit voorschrift zou ik de volgende kanttekeningen willen plaatsen:

– Het verschil tussen het daadwerkelijk opgeofferd bedrag ter verkrijging van de aandelen in de dochtermaatschappij en het fiscale vermogen op het verenigingstijdstip van de vennootschap waarin wordt deelgenomen behoeft niet (zoals de standaardvoorwaarde veronderstelt) uitsluitend te bestaan uit goodwill en stille reserves van de dochtermaatschappij. Een moedermaatschappij zal soms bereid zijn een bedrag boven de reële waarde<sup>20</sup> te betalen, indien de deelneming naast de in haar zelf begrepen waarde een extra waarde heeft voor de moedermaatschappij, bijvoorbeeld omdat met de aankoop van de deelneming een concurrent uit de markt verdwijnt. Afzonderlijke activering (en afschrijving) van deze waarde, de zogenaamde externe goodwill, laat de jurisprudentie niet toe (zie blz. 63), zodat ook deze waarde deel uitmaakt van het opgeofferd bedrag. Bovendien zal in genoemd opgeofferd bedrag een stille reserve *begrepen* kunnen zijn, die op het verenigingstijdstip niet meer *aanwezig* is.



– Hoewel de 11e standaardvoorwaarde alleen over *interne* goodwill en stille reserves op het verenigingstijdstip spreekt, gaat zij er anderszins echter van uit dat het *volledige* verschil tussen het opgeofferd bedrag en het fiscale vermogen op het verenigingstijdstip bij wijze van fictie aangeduid kan worden als de waarde van de goodwill en de stille reserves van de dochtermaatschappij op het verenigingstijdstip. Welnu, een redelijke interpretatie brengt dan mee dat op het splitsingstijdstip deze meerwaarde (ongeacht de concrete samenstelling!), indien en in zoverre nog aanwezig, weer mag worden toegevoegd aan het fiscaal vermogen van de dochtermaatschappij ter bepaling van het opgeofferd bedrag. De forfaitaire bepaling van de goodwill en stille reserves op het verenigingstijdstip staat een individuele benadering op het splitsingstijdstip in de weg.

Ik ben van mening<sup>21</sup> dat voor de externe goodwill geen uitzondering behoeft te worden gemaakt, gezien de opzet van de voorwaarde, waarin immers aansluiting wordt gezocht bij het oorspronkelijk opgeofferd *bedrag*, waartoe ook de externe goodwill behoorde.

– De beperking tot het bij de dochtermaatschappij op het splitsingstijdstip nog aanwezige deel van de (forfaitair bepaalde) goodwill en stille reserves in het opgeofferd bedrag op het verenigingstijdstip heeft tot gevolg dat een bij liquidatie in aanmerking te nemen verlies aanzienlijk lager kan uitvallen dan zonder fiscale eenheid het geval zou zijn geweest.

Bijvoorbeeld:

Moedermaatschappij BV M koopt deelneming BV D voor de reële waarde ad 700. Het fiscaal zuiver vermogen van BV D bedraagt echter slechts 300. Op het splitsingstijdstip bedraagt het fiscaal zuiver vermogen van BV D nog steeds 300, doch de reële waarde is gedaald tot 400. Het opgeofferd bedrag moet derhalve eveneens op 400 ( $300 + 100$ ) worden gesteld. Bij een daarop volgende liquidatie van BV D ontvangt BV M 200 aan liquidatieuitkeringen. Het liquidatieverlies bedraagt alsdan 200 ( $400 - 200$ ), hetgeen 300 minder is ( $700 - 200 = 500!$ ) dan zonder de beperking het geval zou zijn geweest.

Genoemde beperking in de 11e standaardvoorwaarde heeft dan ook in de vrij schaarse literatuur met betrekking tot de fiscale eenheid veel kritiek ondervonden. Rijks<sup>22</sup> spreekt in dit verband zelfs van een ‘door niets gerechtvaardigde boete op de fiscale eenheid’.

– In feite zou de 11e standaardvoorwaarde slechts een correctie op de te ruime werking van artikel 13, lid 5, Wet Vpb. aanbrengen. Althans wanneer men met Bartel<sup>23</sup> uitgaat van de (op de verlengstukgedachte gebaseerde) ratio van genoemd artikel. Artikel 13, lid 5, Wet Vpb. creëert immers een groter liquidatieverlies dan overeenkomt met de op het liquidatietijdstip bij de dochtermaatschappij te loor gaande verliezen, indien in het opgeofferd bedrag tevens stille reserves en goodwill boven het fiscale vermogen van de dochtermaatschappij begrepen zijn, die op het liquidatietijdstip (geheel of gedeeltelijk) zijn verdwenen zonder dat bij de dochtermaatschappij uit dien hoofde verlies is ontstaan dat bij liquidatie zal verdwijnen.

Vanuit deze gedachtengang geredeneerd beperkt de 11e standaardvoorwaar-

de terecht de opwaardering van het fiscale vermogen ter bepaling van het opgeofferd bedrag. Anderzijds schrijft dan de 11e standaardvoorwaarde, vanuit de zelfde gedachtengang geredeneerd, in de spiegelbeeldsituatie ten onrechte een afwaardering voor op het fiscale vermogen van de dochtermaatschappij. Zoals reeds vermeld in § 2 van hoofdstuk I is echter in de wettelijke regeling van het liquidatieverlies de verlengstukgedachte, zoals trouwens in de gehele regeling van de deelnemingsvrijstelling, volledig losgelaten.

Uit het feit dat de tekst van de huidige elfde standaardvoorwaarde in wezen gelijk is aan de tekst van de 11e standaardvoorwaarde, zoals deze gold vóór 24 september 1970, blijkt naar mijn mening dat de strekking van deze bepaling in de misbruikbestrijding moet worden gezocht. Indien gedurende de voeging goodwill en/of stille reserves (gedeeltelijk) zouden zijn overgeheveld naar de moedermaatschappij of een andere gevoegde vennootschap, terwijl de oorspronkelijke meerwaarde deel zou blijven uitmaken van het opgeofferd bedrag op het splitsings tijdstip, zou immers bij latere liquidatie de voor de overgehevelde goodwill en/of stille reserves betaalde koopsom als liquidatieverlies in aanmerking worden genomen.<sup>21</sup> De 11e standaardvoorwaarde poogt dus — geheel in overeenstemming met de strekking van het derde lid van artikel 15 Wet Vpb. — te voorkomen dat minder belasting wordt geheven dan zonder dit regime het geval zou zijn geweest.

— De goodwill en/of stille reserves kunnen echter ook op andere wijze dan door verschuiving (gedeeltelijk) verdwenen zijn, zodat — vanuit de ratio van de bepaling beschouwd — de te ruime omschrijving tot overkill kan leiden. Dit zou kunnen worden voorkomen door op het splitsingstijdstip in principe uit te gaan van de volledige *waardesprong* op het verenigingstijdstip (representerend de goodwill en/of stille reserves die daadwerkelijk op het verenigingstijdstip aanwezig zijn) behoudens indien en voor zover tijdens de fiscale eenheid de oorspronkelijke goodwill en/of stille reserves verschoven zijn.

Ik meen echter dat een zodanige benadering een miskennis zou inhouden van het karakter van de fiscale eenheid. In de 11e standaardvoorwaarde (en in de kritiek op deze voorwaarde) wordt bij de bepaling van het opgeofferd bedrag op het splitsingstijdstip rekening gehouden met de samenstelling van het oorspronkelijk opgeofferd bedrag. Dit historisch gegeven heeft echter zijn betekenis verloren bij de totstandkoming van de fiscale eenheid. Op dat moment wordt immers de deelnemingsverhouding beëindigd en ontnemt de rechtstreekse resultaatentoe rekening, die het wezenlijke gevolg van de verlengstukgedachte is, de ratio aan een regeling als artikel 13, lid 5, Wet Vpb. Het (extracomptabel) bijhouden van het oorspronkelijk opgeofferd bedrag — door Juch als alternatief voor de 11e standaardvoorwaarde voorgesteld<sup>24</sup> — zou eveneens een inbreuk betekenen op de strekking van de fiscale eenheid, omdat door de fiscus blijvend aandacht zou moeten worden besteed aan intercompany handelingen ter vaststelling van (informele) kapitaalstortingen/onttrekkingen etc. Niet slechts in theoretisch- doch vooral ook in praktisch opzicht zal dit op grote problemen kunnen stuiten daar de concernmaatschappijen (ook administratief) vaak in belangrijke mate zijn samengesmolten.



Na splitsing van de fiscale eenheid ontstaat weliswaar opnieuw een deelnemingsverhouding, doch de dochtermaatschappij vangt haar afzonderlijk fiscale bestaan zonder compensabele verliezen aan. Deze verliezen blijven immers, mede gezien het bepaalde in de 15e standaardvoorwaarde (zie § 4), achter bij de moedermaatschappij en kunnen dus ook niet vervallen bij liquidatie van de dochtermaatschappij. Het liquidatieverlies, bedoeld in artikel 13, lid 5, Wet Vpb., kan ná een fiscale eenheid dus uitsluitend betrekking hebben op de ná het splitsingstijdstip geleden verliezen.

De constatering dat het regime van de fiscale eenheid een nadeel kan opleveren in de vorm van een lager liquidatieverlies, omdat de 'vrij ruime en forfaitaire' werking van artikel 13, lid 5, Wet Vpb.<sup>25</sup> gedurende de voeging is uitgeschaald, zal naar mijn mening niet kunnen leiden tot een zodanige bepaling van het opgeofferd bedrag op het splitsingstijdstip dat dit nadeel wordt voorkomen. In dit opzicht deel ik de opvatting van Verburg<sup>26</sup> dat de onverplichte regimekeuze ('for better and worse') ook nadelige gevolgen voor de belastingplichtige kan hebben, mits deze gevolgen noodzakelijkerwijze voortvloeien uit het wezen van de fiscale eenheid.

Naar mijn mening moet bij de bepaling van het opgeofferd bedrag op het splitsingstijdstip dus niet worden uitgegaan van het fiscaal zuiver vermogen van de dochtermaatschappij, gecorrigeerd met de positieve- of negatieve vermogenssprong op het verenigingstijdstip. Zoals bij het verwerven van een deelneming de reële investering het uitgangspunt vormt van het opgeofferd bedrag, zo zal slechts dan *in het systeem van artikel 13, lid 5, Wet Vpb.* het liquidatieverlies over de periode splitsingstijdstip tot liquidatie op de juiste (forfaitaire!) wijze worden bepaald als het opgeofferd bedrag op het splitsingstijdstip op de waarde in het economisch verkeer van de deelneming wordt gesteld.

In dit opzicht is de situatie te vergelijken met de vaststelling van het opgeofferd bedrag na toepassing van artikel 14 Wet Vpb. Hoewel ook in dat geval in de 11e standaardvoorwaarde het opgeofferd bedrag wordt afgeleid uit de fiscale boekwaarde (van de overgedragen onderneming), menen de schrijvers<sup>27</sup> dat het opgeofferd bedrag gelijk is aan de waarde in het economisch verkeer van de deelneming. De vaststelling van deze waarde zal in de praktijk soms niet eenvoudig blijken te zijn, doch deze problematiek komt ook elders in de fiscale wetgeving voor, zoals in artikel 39, lid 5, Wet IB.

Naar mijn mening zal een integrale wettelijke regeling van de fiscale eenheid geen berekening van het opgeofferd bedrag bij splitsing van de fiscale eenheid moeten bevatten, doch zal een zodanige regeling dienen te worden opgenomen in artikel 13 Wet Vpb., althans indien men de regeling van het liquidatieverlies ook in de toekomst wil behouden. Bij de waardebepaling van de deelneming op het splitsingstijdstip zal, volgens goed koopmansgebruik, de actuele waarde in het economisch verkeer moeten worden aangehouden. Uitsluitend voor de toepassing van de 16e standaardvoorwaarde zal, zoals uiteengezet op blz. 72, de huidige regeling van de 11e standaardvoorwaarde van kracht moeten blijven, tenzij een alternatieve wettelijke regeling het opnemen van anti-misbruik bepalingen overbodig zou maken (zie § 7 hierna).

Zoals op het splitsingstijdstip het inmiddels verdwenen gedeelte van de goodwill en stille reserves bij de waardering van de deelneming en bij de bepaling van het opgeofferd bedrag geen rol meer spelen, zo zal bij liquidatie van de dochtermaatschappij binnen de fiscale eenheid het bedrag dat de moedermaatschappij voor de goodwill en stille reserves heeft betaald boven de fiscale boekwaarde evenmin van betekenis zijn. Met andere woorden: door ontbinding en vereffening van de dochtermaatschappij (waardoor de fiscale eenheid geen einde neemt, zoals blijkt uit de begripsomschrijving van het splitsingstijdstip in de Resolutie van 22 augustus 1978) verliest een negatieve vermogenssprong zijn betekenis, maar ook een positieve! In de praktijk kan dit laatste ertoe leiden dat winstgevende maatschappijen (sterk) verliesgevende dochtermaatschappijen met belangrijke fiscale boekwaarden kopen, teneinde de onderneming van deze dochtermaatschappij na voeging te verkopen, zodat slechts een 'lege' BV overblijft.<sup>28</sup> De fiscaal bij de moedermaatschappij in aanmerking te nemen negatieve opbrengsten leveren de moedermaatschappij wellicht meer belastingbesparing op dan de (sterk door de onderrentabiliteit gedrukte) koopsom van de deelneming. Bijvoorbeeld:

Moedermaatschappij BV M koopt deelneming BV D met een fiscaal vermogen ad f 500 000 voor f 150 000 gezien de belangrijke onderrentabiliteit. Na voeging, waarbij een *positieve* vermogenssprong van f 350 000 ontstaat, verkoopt BV M de gehele onderneming van BV D aan (de niet gevoegde) dochtermaatschappij BV X voor de zakelijke prijs ad f 100 000 (als dit een pas opgerichte BV is, worden eventuele verliezen bij BV X zelfs nog onbeperkt compensabel!). Het fiscale verlies ad f 400 000 ( $f 500\,000 - f 100\,000$ ) zal BV M een directe belastingbesparing van ca. f 192 000 opleveren (althans als de combinatie M overigens f 400 000 of meer winst heeft behaald). Zelfs als bij BV X de betaalde f 100 000 teloor zou gaan is de transactie per saldo nog voordelig!

Een soortgelijk geval, waarin eveneens sprake is van realisatie van in feite gekochte (latent aanwezige) verliezen door benutting van de fiscale eenheid zal zich kunnen voordoen in de navolgende situatie:

Moedermaatschappij BV M koopt deelneming BV D voor f 400 000. BV D bezit onder meer de sterk verliesgevende — en derhalve op nihil gewaardeerde — deelneming BV X. Het voor BV X opgeofferd bedrag bedraagt echter f 1 000 000. Met ingang van het eerstvolgende boekjaar vormen BV M en BV D een fiscale eenheid, waarin BV X *niet* wordt opgenomen. Indien bij de daarop volgende liquidatie van BV X de liquidatieuitkering nihil bedraagt, ontstaat een liquidatieverlies van f 1 000 000 en derhalve een belastingbesparing van ca. f 480 000, althans als de combinatie M overigens tenminste f 1 000 000 winst behaalt. Ook in dit geval kan dus de belastingbesparing de koopsom van de deelneming overtreffen.

Slechts door het stellen van bijzondere voorwaarden, waarin bijvoorbeeld de hier bedoelde latente verliezen op soortgelijke wijze zouden worden behandeld



als reeds gerealiseerde (voorvoegings)verliezen zou deze benutting wellicht kunnen worden voorkomen.

### *Standaardvoorwaarde 13:*

Vorderingen van een naamloze of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid op een andere zodanige vennootschap waarmee zij tot het splitsingstijdstip voor de heffing van de vennootschapsbelasting was verenigd, worden per dat tijdstip niet gewaardeerd boven de bedrijfswaarde en evenmin boven de nominale waarde.

### *3.7. Onderlinge vorderingen en schulden op het splitsingstijdstip*

Tot de civielrechtelijke vermogensbestanddelen behoren ook de onderlinge vorderingen en schulden, die op het splitsingstijdstip fiscale betekenis (her)krijgen. De strekking van de 13e standaardvoorwaarde is te vergelijken met die van de 2e standaardvoorwaarde, omdat daarmee eveneens dubbele verliescompensatie wordt voorkomen. Uitgaande van de nominale waarde zou immers door na het splitsingstijdstip de betreffende vordering (zo deze niet volwaardig is) op lagere bedrijfswaarde af te waarden in feite een verlies ten laste van het resultaat van de creditrice komen, dat vóór het splitsingstijdstip al tot uiting is gekomen in het combinatieresultaat c.q. nog beschikbaar is als compensabel combinatieverlies, dat bij de moedermaatschappij achterblijft.

Hoewel deze voorwaarde, anders dan de 2e standaardvoorwaarde, de obligatievordering niet met name noemt, zal (gezien de jurisprudentie en het verband tussen beide voorwaarden) deze voorwaarde ook op obligaties van toepassing zijn.

Deze voorwaarde zal echter evenmin als de 2e standaardvoorwaarde moeten worden toegepast op converteerbare obligaties die immers (gezien de waarde van het conversierecht) gedurende de voegingsperiode wel geactiveerd moeten worden, tenzij nieuwe obligaties tijdens de voegingsperiode zouden worden geplaatst bij andere, eveneens tot de fiscale eenheid behorende, vennootschappen.

Evenmin zal deze voorwaarde moeten worden toegepast op ter beurse door de moedermaatschappij gekochte obligaties van de dochtermaatschappij (vergelijk § 3.4). Ingeval de moedermaatschappij tijdens de fiscale eenheid namelijk deze obligaties (bijvoorbeeld vanwege de hoogte van het rentepercentage) als (tijdelijke) belegging boven de nominale waarde koopt, zou toepassing van de voorwaarde leiden tot een niet reëel verlies bij de moedermaatschappij per het splitsingstijdstip, door de verplichte afwaardering tot nominale waarde, terwijl bij latere verkoop van deze obligaties een niet reële winst het jaarresultaat, geheel in strijd met de ratio van de voorwaarde, zou beïnvloeden.

De 13e standaardvoorwaarde bevat, in tegenstelling tot de 2e standaardvoorwaarde, geen regeling voor de waardering van de tegenover de hierbedoelde vorderingen staande schulden. Hieruit kan worden afgeleid dat deze schulden op nominale waarde moeten worden gewaardeerd. Dit kan tot onbedoelde consequenties leiden als vroeg of laat de ontvoegde dochtermaatschappij deel gaat

uitmaken van een nieuwe fiscale eenheid. Indien immers de vordering eveneens aan de nieuwe moedermaatschappij zou zijn overgedragen, dan zou waardering van de schuld op (te hoge) nominale waarde bij ontvoeging, tot gevolg hebben dat het verschil tussen deze nominale waarde en de lagere bedrijfswaarde bij voeging, ingevolge de 2e standaardvoorwaarde, zou worden belast. Aangenomen kan worden dat in zodanig geval het ministerie de voorwaarde niet zal stellen. Gebeurt dit toch dan zal dit probleem kunnen worden 'opgelost' op de wijze zoals beschreven op blz. 67.

Ten aanzien van de waardering van de concernvordering(/schuld) werd door de combinatie fiscaal geen bestendige gedragslijn aangehouden, daar de vordering(/schuld) fiscaalrechtelijk geacht werd niet te bestaan. Bij splitsing van de fiscale eenheid zal dan ook uitsluitend goed koopmansgebruik als richtsnoer dienen te fungeren bij de bepaling van de fiscale boekwaarde van de wederzijdse vordering resp. schuld, waardoor waardering op een hogere dan de reële (bedrijfs)waarde niet mogelijk is.

Tijdens de fiscale eenheid nieuw geplaatste converteerbare obligaties zullen, indien het conversierecht inmiddels waarde heeft verkregen, boven pari gewaardeerd moeten worden. Evenmin als de waardedaling van de vordering gedurende de fiscale eenheid ná het splitsingstijdstip verlies mag opleveren (consequentie van de verlengstukgedachte en ratio van deze voorwaarde), zal in de spiegelbeeldsituatie de waardestijging van de vordering tijdens de fiscale eenheid ná het splitsingstijdstip tot winst mogen leiden.

#### *Standaardvoorwaarde 12:*

In de vermogensopstelling van de combinatie per het einde van het jaar, onmiddellijk voorafgaande aan het splitsingstijdstip kan het bedrag van de reserves bedoeld in de artikelen 13 en 14 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964, niet overtreffen het totaal van de bedragen die deze reserves volgens goed koopmansgebruik bij de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij zouden hebben belopen als zij afzonderlijk belastingplichtig zouden zijn geweest.

### *3.8. De fiscale reserves ex artikelen 13 en 14 Wet IB*

De standaardvoorwaarden bevatten geen specifieke regeling met betrekking tot de fiscale reserves (bedoeld in artikel 13 en 14 Wet IB) bij en na de voeging. De combinatie blijft na het verenigingstijdstip ook ten aanzien van deze passiva de gedragslijn volgen, die de afzonderlijke maatschappijen vóór het verenigingstijdstip volgden (cf. BNB 1956/132 en de eerste standaardvoorwaarde). De twaalfde standaardvoorwaarde geeft wel een nadere regeling met het oog op de situatie ná het splitsingstijdstip. Op de 'slotbalans' van de combinatie worden de genoemde reserves gelimiteerd tot het bedrag dat de afzonderlijke maatschappijen in totaal hadden kunnen reserveren, indien de fiscale eenheid niet zou hebben bestaan. De voorwaarde tracht zodoende te voorkomen dat het resultaat van de maatschappij, die de betreffende fiscale reserve(s) tot haar fiscaal vermogen moet rekenen, in het eerste jaar na ontvoeging wordt beïnvloed door (gedeeltelijke) toevoeging van deze reserve(s) aan de winst. Nu de te hoge dota-



tie direct is voortgevloeid uit het regime van de fiscale eenheid, moet de correctie ook vóór het splitsingstijdstip worden aangebracht. De voorwaarde beoogt dus verschuivingen over het splitsingstijdstip heen te voorkomen. De regeling gaat impliciet uit van de veronderstelling dat de combinatie ruimere reserveeringsmogelijkheden kan hebben dan de afzonderlijke maatschappijen.

Naar mijn mening zal dit slechts sporadisch het geval zijn, bijvoorbeeld indien een voornemen tot vervanging van een bedrijfsmiddel wel bij de combinatie aanwezig is, maar niet bij de betreffende vennootschap, zodat de combinatie wel, doch de betrokken dochtermaatschappij geen vervangingsreserve kan vormen. Een soortgelijke mogelijkheid doet zich voor indien de moedermaatschappij een vast voornemen tot pensionering van personeel heeft, maar de dochtermaatschappij niet. In dat geval kan de combinatie wel, doch de betrokken dochtermaatschappij geen egalisatiereserve kan vormen. Bij splitsing zullen, indien de omstandigheden ongewijzigd zijn, de door de combinatie gevormde vervangingsreserve en egalisatiereserve pensioenen in het laatste jaar van de fiscale eenheid aan de winst moeten worden toegevoegd. Tot voor kort kon deze bepaling van belang zijn in verband met het plafond van de reserve assurantie eigen risico. Ingevolge HR 10 januari 1979, BNB 1979/58, kan er echter geen plafond aan deze reserve worden gesteld, zodat in dit verband de standaardvoorwaarde niet (meer) van belang is.

Terecht is de twaalfde standaardvoorwaarde in zijn werkingssfeer beperkt tot de fiscale reserves ex artikel 13 en 14 Wet IB, daar deze reserveringen in principe door alle belastingplichtigen kunnen worden gevormd. De overige fiscale reserves, de herbeleggingsreserve en de afrondingsreserve voor beleggingsinstellingen, alsmede de egalisatiereserve voor verzekeraars, moeten worden geregeld in bijzondere voorwaarden, uit te vaardigen ingevolge het tweede lid van artikel 15 Wet Vpb., daar juist deze bijzondere fiscale reserveringsmogelijkheden bewerken dat voor de winstbepaling van de betreffende belastingplichtigen *niet* dezelfde bepalingen van toepassing zijn. Zouden beide belastingplichtigen onder het bijzondere regime vallen, dan is naar mijn mening sprake van een 'bijzondere omstandigheid' die afwijking van de standaardvoorwaarden mogelijk maakt, zodat ook in dit geval een bijzondere voorwaarde zal *kunnen* worden gesteld.

### 3.9. De herbeleggingsreserve en de afrondingsreserve voor beleggingsinstellingen

De bijzondere voorwaarde m.b.t. de herbeleggingsreserve, bedoeld in artikel 4 van het Besluit beleggingsinstellingen, en de afrondingsreserve, bedoeld in artikel 5 van genoemd besluit, bevat normaliter een regeling waarbij de combinatie als reserve de som van de reserves van de voorheen afzonderlijk belastingplichtige maatschappijen moeten opvoeren. Mocht de herbeleggingsreserve van de combinatie op het verenigingstijdstip de boekwaarde van haar bezit aan effecten en onroerend goed overtreffen — bijvoorbeeld indien de ene maatschappij obligaties bezit in de andere maatschappij en ingeval de aandelen van de dochtermaatschappij een hogere boekwaarde hebben dan overeenkomt met haar be-

zit aan effecten en onroerend goed – en/of de afrondingsreserve méér bedragen dan één procent van het geplaatst en gestort kapitaal van de moedermaatschappij, dan wordt het meerdere toegevoegd aan de winst van de combinatie over het eerste jaar ná het verenigingstijdstip.

Bij splitsing zal de herbeleggingsreserve van de afzonderlijke maatschappijen noch de boekwaarde van het bezit aan effecten en onroerend goed, noch het vermogen (verminderd met hetgeen op de in omloop zijnde aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid is gestort, met de overige toelaatbare reserves en met de over het jaar voorafgaande aan het splitsingstijdstip vast te stellen winst) kunnen overtreffen. De herbeleggingsreserve van de combinatie zal in het jaar voorafgaande aan het splitsingstijdstip niet hoger zijn dan de som van de hiervoor bepaalde herbeleggingsreserves van de afzonderlijke maatschappijen op het splitsingstijdstip en zal over deze maatschappijen worden verdeeld naar verhouding van de laagste hiervoor omschreven maxima.

### *3.10. De egalisatiereserve verzekeraars*

De totstandkoming van de bijzondere voorwaarde met betrekking tot de egalisatiereserve van verzekeringsmaatschappijen heeft vrij lang op zich laten wachten, zodat in de praktijk de afgifte van goedkeuringsbeschikkingen voor fiscale eenheden tussen verzekeringsmaatschappijen enige jaren werd opgehouden.

De problematiek wordt veroorzaakt door de invloed van de fiscale eenheid op de criteria voor het absolute plafond van de egalisatiereserve verzekeraars, genoemd in het derde lid van artikel 6 Besluit reserves verzekeraars van 18 juli 1972, waardoor de door de combinatie eventueel te vormen egalisatiereserve niet gelijk is aan de som van de eventueel door de afzonderlijke maatschappijen te vormen egalisatiereserves. Het verschil wordt gevormd door de fiscale boekwaarde van de aandelen in de dochtermaatschappij en het fiscale vermogen van de dochtermaatschappij (de negatieve vermogenssprong) enerzijds en het fiscaal vermogen van de dochtermaatschappij en haar gestorte kapitaal anderzijds.

In een afzonderlijke beschikking gebaseerd op de hardheidsclausule, wordt thans meestal toegestaan dat de combinatie voor de toepassing van artikel 6, derde lid, van het Besluit reserves verzekeraars haar vermogen tijdens de fiscale eenheid verhoogt met de som der genoemde verschillen zoals die bestonden op de dag voorafgaande aan het verenigingstijdstip. Het deel van deze vermogensophoging dat veroorzaakt wordt door de negatieve vermogenssprong moet echter met 5% per jaar worden afgebroken en bij verbreking van de fiscale eenheid binnen 20 jaar komt de nog resterende fictieve bijtelling geheel te vervallen<sup>29</sup>, zulks dus in afwijking van wat in de eerder besproken voorwaarde 11 wordt gesteld.

In de normale goedkeuringsbeschikking wordt thans een bijzondere voorwaarde opgenomen, waarbij de egalisatiereserves worden samengevoegd op het verenigingstijdstip, terwijl per het einde van het jaar voorafgaande aan het splitsingstijdstip de egalisatiereserve van de combinatie niet hoger mag zijn dan



de som van de, in deze voorwaarde nader bepaalde, egalisatiereserves, zodat ook in deze bijzondere voorwaarde verschuivingen over het splitsingstijdstip heen voorkomen worden.

Voorbeeld:

	Fiscaal vermogen		Gestort kap.		Maximale ER
Moedermaatschappij	300*	—	100	=	200
Dochtermaatschappij	100	—	50	=	50
					<hr/> 250
Combinatie	200	—	100	=	100
Door toepassing bijz. voorwaarde:					
Neg. vermogenssprong	+ 100				
Verschil fiscaal verm/ gestort kap. dochter	+ 50				
	<hr/> 350	—	100	=	250

\* waaronder fiscale boekwaarde aandelen dochter 200.

In bovenstaande situatie wordt, voor de toepassing van artikel 6, derde lid, van het Besluit reserves verzekeraars, de combinatie geacht een fiscaal vermogen van 350 te bezitten. Gedurende de fiscale voeging zal dit vermogen jaarlijks met 5 (5% van 100) afnemen.

#### Standaardvoorwaarde 4:

a. Een bij de moedermaatschappij of de dochtermaatschappijen op het verenigingstijdstip nog niet uitgewerkte aanspraak op vermindering of een nog niet uitgewerkte dan wel latente verplichting tot bijtelling op de voet van artikel 11 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964, jo. artikel 73 van die wet en artikel 8a van het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941 gaat voor de resterende jaren over op de combinatie.

b. Een bij de combinatie op het splitsingstijdstip nog niet uitgewerkte aanspraak op vermindering of een nog niet uitgewerkte dan wel latente verplichting tot bijtelling gaat voor de resterende jaren over op de maatschappij tot wier vermogen het bedrijfsmiddel, waarmee de aanspraak/verplichting verband houdt op het splitsingstijdstip behoort dan wel de maatschappij die het bedrijfsmiddel heeft vervreemd.

c. Voor de toepassing van artikel 11, achtste lid, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 wordt in het onder a bedoelde geval de combinatie, in het onder b bedoelde geval de betreffende maatschappij geacht de verminderingen voor de investering in het bedrijfsmiddel te hebben genoten.

d. Een bij de moedermaatschappij of de dochtermaatschappij op het verenigingstijdstip nog niet uitgewerkte aanspraak op een investeringsbijdrage dan wel een latente verplichting tot een desinvesteringbetaling als is bedoeld in hoofdstuk VA van de Wet gaat voor de resterende jaren over op de combinatie.

e. Een bij de combinatie op het splitsingstijdstip nog niet uitgewerkte aanspraak op een investeringsbijdrage dan wel een latente verplichting tot een desinvesteringbetaling gaat voor de resterende jaren over op de maatschappij tot wier vermogen het bedrijfsmiddel, waarmee de aanspraak/verplichting verband houdt op het splitsingstijdstip behoort.

f. Voor de toepassing van artikel 61b, eerste lid, laatste volzin van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 wordt in het onder d bedoelde geval de combinatie en in het onder e bedoelde geval de betreffende maatschappij geacht de investeringsbijdrage te hebben genoten.

### 3.11. De investeringsregelingen

De vierde standaardvoorwaarde regelt de wijze waarop de rechten en plichten, die voortvloeien uit de fiscale bepalingen, die investeringen in bedrijfsmiddelen door ondernemers trachten te bevorderen (voorheen de investeringsaftrek en de vervroegde afschrijving, thans de WIR) na de voeging c.q. de splitsing in acht moeten worden genomen.

Het bepaalde onder a (t.a.v. de investeringsaftrek) en onder d (de corresponderende regeling t.a.v. de WIR), waarbij de aanspraken en verplichtingen na de voeging op de combinatie overgaan, is naar mijn mening overbodig. Deze rechten en plichten behoren tot 'de omstandigheden, welke zonder fusie op overeenkomstige wijze bepalend of mede bepalend worden voor de belastingheffing t.a.v. de moedermaatschappij' (HR 22 februari 1956, BNB 1956/132). De *toerekening* van bedrijfsmiddelen van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij kan bij de dochtermaatschappij geen desinvesteringsbetaling en bij de moedermaatschappij geen investeringsbijdrage oproepen. Een bepaling op dit punt in de standaardvoorwaarden zou dan ook overbodig zijn.<sup>30</sup> Zonder nadere regeling zou splitsing van de fiscale eenheid mogelijk echter aangemerkt kunnen worden als een onttrekking van de desbetreffende bedrijfsmiddelen aan het ondernemingsvermogen van de moedermaatschappij in de zin van artikel 61b, lid 3, Wet IB (voor de investeringsaftrek artikel 11, lid 5 (oud!)).

De vierde standaardvoorwaarde bepaalt daarom onder e respectievelijk onder b<sup>31</sup>, dat bij splitsing de lopende aanspraken en verplichtingen over de resterende jaren overgaan op de maatschappij tot wier vermogen het bedrijfsmiddel waarmee de aanspraak/verplichting verband houdt op het splitsingstijdstip behoort. Alsdan wordt, in verband met het eventueel verschuldigd worden van een desinvesteringsbetaling (resp. bijtelling) na voeging de combinatie en na splitsing de betreffende maatschappij geacht de investeringsbijdrage (resp. aftrek) te hebben genoten (4e standaardvoorwaarde onder c en f). Het is echter de vraag of deze nadere regeling terecht in de standaardvoorwaarden van de fiscale eenheid is opgenomen. Zij bevat een algemeen geldende uitzondering op een wettelijke regeling, die naar mijn mening in de WIR-bepalingen moet worden verwerkt.

Het feit dat gedurende de fiscale eenheid de dochtermaatschappijen, hoewel civielrechtelijk zelfstandig, fiscaal als deel van de moedermaatschappij moeten worden beschouwd, heeft belangrijke consequenties voor de toepassing van de WIR:

— Terecht merken Schonis en Renes op<sup>30</sup>, dat het 'ter beschikking stellen' van bedrijfsmiddelen<sup>32</sup> binnen een fiscale eenheid geen gevolgen heeft voor het verkrijgen van investeringsbijdragen, daar niet met 'derden' wordt gehandeld.



Evenmin zullen naar hun mening binnen de fiscale eenheid verplichtingen die de moedermaatschappij ten opzichte van haar dochter- of kleindochtermaatschappij aangaat tot investeringsbijdragen kunnen leiden, daar hierin slechts interne mutaties kunnen worden onderkend. Naar mijn mening zouden buiten de fiscale eenheid laatstgenoemde transacties, behoudens de ontheffingsmogelijkheid van artikel 23d, lid 5, Wet Vpb. echter meestal vallen onder artikel 23d, lid 4, letter c, Wet Vpb. en dus in principe eveneens van een bijdrage uitgesloten zijn. Binnen de fiscale eenheid kan in deze gevallen niet gesproken worden van het aangaan van verplichtingen ter zake van de aanschaf van een bedrijfsmiddel. Ingeval de dochter- of kleindochtermaatschappij evenwel een bedrijfsmiddel *vervaardigt*, dat daarna door de moedermaatschappij in gebruik wordt genomen, zal naar mijn mening voor de combinatie sprake zijn van het maken van voortbrengingskosten te dier zake (daar zowel de voortbrenging als de benutting van het bedrijfsmiddel aan de combinatie worden toegerekend!), waarover de combinatie een investeringsbijdrage kan claimen.<sup>33</sup> Gezien het bovenstaande veroorzaakt de eigendomsoverdracht van bedrijfsmiddelen binnen de fiscale eenheid geen desinvesteringsbetaling.

– Bij toepassing van de kleinschaligheidstoeslag (artikel 61c Wet IB) moeten alle investeringen geacht worden door de moedermaatschappij te zijn verricht zodat, gezien de aflopende percentageschaal, mogelijk een geringere toeslag wordt genoten dan bij toerekening van de investeringen aan de afzonderlijke tot de combinatie behorende maatschappijen.

– Eveneens zal de geïndexeerde grens van artikel 61a en 61b Wet IB voor de combinatie als zodanig gelden.

– Reeds tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt<sup>34</sup> dat in het kader van de grote projecten toeslag (GPT) geen problemen zullen ontstaan. Voor deze toeslag 'geldt niet als uitgangspunt het in een jaar geïnvesteerde bedrag, doch het investeringsbedrag van het project. Of een lichaam na de opgave als is bedoeld in artikel 7 doch vóór ontvangst van (voorschotten op) de investeringstoeslag grote projecten voor de heffing van de vennootschapsbelasting wordt geacht te zijn opgegaan in een andere vennootschap, is voor het verkrijgen van de toeslag van geen betekenis. Toekenning van de toeslag bij beschikking blijft geschieden ten name van het inmiddels in een fiscale eenheid opgenomen lichaam, dat immers juridisch zelfstandig blijft voortbestaan. Daar tijdens het bestaan van de fiscale eenheid de fiscaal relevante aspecten van een gevoegde dochter worden toegerekend aan haar moeder, vindt alsdan de verrekening van de ten name van de dochter staande beschikking plaats met de aanslag voor de vennootschapsbelasting van de moeder.'

De hiervóór geciteerde opmerking sluit echter niet uit dat het al of niet bestaan van een fiscale eenheid van invloed kan zijn op de grote projecten toeslag. Daar tijdens de fiscale eenheid de combinatie als zodanig fiscaal-rechtelijk ondernemer is en de gevoegde maatschappijen allen tot dezelfde onderneming behoren, zal de combinatie in aanmerking kunnen komen voor GPT in si-

tuaties waarin zonder fiscale eenheid geen GPT zou kunnen worden verleend. Met name denk ik hierbij aan het te scheppen aantal arbeidsplaatsen *binnen de onderneming* en het *per ondernemer* minimaal te investeren bedrag.<sup>33</sup>

– De WIR beperkt in vergaande mate de in de praktijk veelvuldig toegepaste mogelijkheid om binnen een concern (niet fiscale eenheid) het onroerend goed in een exploitatiemaatschappij te concentreren, waarna verhuur plaatsvindt aan de afzonderlijke (werk)maatschappijen.<sup>35</sup> Tengevolge van artikel 23d Wet Vpb. zal deze onroerend goed-exploitatiemaatschappij geen investeringsbijdragen kunnen claimen voor investeringen in onroerend goed bestemd voor verhuur aan de overige, tot het concern behorende maatschappijen. Binnen fiscale eenheid zal deze verhuur echter als een interne terbeschikkingstelling worden beschouwd, zodat artikel 23d toepassing mist, hetgeen het gebruik van het regime stellig zal bevorderen. Daar splitsing van de fiscale eenheid (ook reeds vrij korte tijd nadat binnen deze eenheid geïnvesteerd en verhuurd is) geen desinvesteringbetaling oproept, zal in de praktijk wellicht worden gepoogd artikel 23d Wet Vpb. te ontgaan door het verhuur binnen de fiscale eenheid aan te vangen en later buiten fiscale eenheid voort te zetten. Alsdan zal de inspecteur moeten bewijzen dat op het investeringsmoment bij belastingplichtige de bedoeling bestond het onroerend goed ‘hoofdzakelijk’ te bestemmen voor terbeschikkingstelling aan ‘derden’.<sup>36</sup>

– Schonis en Renes wijzen op een misbruikmogelijkheid, waardoor in feite de desinvesteringbetaling, die de winst niet mag beïnvloeden, wordt omgezet in een aftrekbaar liquidatieverlies. Zij geven het volgende voorbeeld:<sup>37</sup> ‘Stel een gebouw zonder stille reserves wordt tegen de boekwaarde overgebracht naar een gevoegde dochtervennootschap. Daarna vindt verbreking van de fiscale eenheid plaats. Het gebouw wordt vervreemd waardoor een vermogensverlies als gevolg van de desinvesteringbetaling ontstaat. De dochtermaatschappij wordt vervolgens geliquideerd; het liquidatieverlies is fiscaal aftrekbaar bij de moedermaatschappij.’ In wezen wordt dit misbruik mogelijk gemaakt doordat ook op dit punt de bepaling van het opgeofferd bedrag per het splitsingstijdstip ingevolge de elfde standaardvoorwaarde te ruim geschiedt. Geen rekening wordt gehouden met onttrekkingen, die weliswaar gedurende de fiscale eenheid irrelevant zijn, doch op het splitsingstijdstip manifest worden. In dit geval is de onttrekking gelegen in het feit dat overdracht tegen boekwaarde<sup>38</sup> in feite onzakelijk is, daar geen rekening wordt gehouden met de latente desinvesteringbetaling<sup>33</sup>, die gezien de periode van 12 jaar gedurende welke de betaling bij vervreemding verschuldigd zal zijn, naar mijn mening volledig in aanmerking moet worden genomen.

Door op het splitsingstijdstip het opgeofferd bedrag te stellen op de waarde in het economisch verkeer van de deelneming (met in acht neming van latente verplichtingen), zoals voorgesteld op blz. 75, zal dit misbruik kunnen worden voorkomen.

– Mocht bij vervreemding van een bedrijfsmiddel (bijv. onroerend goed) de



koper *niet* WIR-gerechtigd zijn, dan kan de desinvesteringsbetaling, verschuldigd door de verkoper, worden voorkomen door het onroerend goed tijdens de fiscale eenheid in een gevoegde, overigens lege, BV onder te brengen en vervolgens niet het onroerend goed zelf, doch het belang in de betreffende BV af te stoten, hetzij door vervreemding van de aandelen, hetzij door een aanzienlijke emissie bij de gegadigden voor het onroerend goed. Uiteraard zal dit slechts fiscaal voordeel opleveren als de desinvesteringsbetaling groter zal zijn dan het fiscale nadeel veroorzaakt door de sanctie van de 16e c.q. 17e standaardvoorwaarde (zie § 5 hierna).

#### 4. De verliescompensatie

Zoals vermeld in § 3 van hoofdstuk I vormde bij de invoering van het artikel 27 Besluit WB de behoefte om binnen een concern ook fiscaal de resultaten van de concernmaatschappijen tot één concernresultaat te combineren voor de wetgever de aanleiding tot de invoering van het regime van de fiscale eenheid. Nog steeds vormt deze horizontale verliescompensatie één der belangrijkste aspecten van de regeling.

Na(ast) deze horizontale verliescompensatie blijft uiteraard de verticale verliescompensatie (zowel de carry forward als de carry back) van groot belang. Bij de verticale verliescompensatie binnen de fiscale eenheid zal echter onderscheid moeten worden gemaakt tussen verliezen ontstaan vóór en ná het verenigingstijdstip. In de gedachtengang van hen, die meenden dat de gevoegde dochtermaatschappij fiscaal niet meer bestond, zou compensatie van verliezen, voorheen geleden door deze maatschappij, ná het verenigingstijdstip in beginsel niet meer mogelijk zijn. Uitgaande van de leer van de Hoge Raad<sup>39</sup> kwam het Haagse Gerechtshof in zijn uitspraak van 28 december 1973<sup>40</sup> echter tot de conclusie: 'dat vóór-fusieverliezen ook zonder dat dit uitdrukkelijk is bepaald bij de combinatie in beginsel voor verrekening in aanmerking komen.' De Hoge Raad deelde de opvatting van het Hof dat de minister bevoegd is voorwaarden te stellen, waarbij de verrekening van deze vóórvoegingsverliezen zodanig wordt beperkt, dat door de fiscale eenheid geen ruimere verliescompensatiemogelijkheden zullen ontstaan dan door de wetgever is beoogd.

Hiertegen waken de 3e, 14e en 15e standaardvoorwaarde. Zonder een nadere regeling in deze standaardvoorwaarden zou onbedoeld gebruik van de fiscale eenheid in bepaalde verliessituaties mogelijk zijn, daar na voeging een samentmelting van de vóórvoegingsverliezen zou ontstaan, in deze zin dat alle vóórvoegingsverliezen bij de combinatie verrekenbaar zouden zijn met het (ongesplitste) combinatieresultaat.<sup>41</sup> Op deze wijze zouden niet slechts de concernresultaten jaarlijks onderling gecompenseerd worden, doch zouden ook de resultaten behaald met een onderneming vóórdat deze deel uitmaakte van het concern, door middel van carry back of carry forward, invloed op de belastingheffing van het concern kunnen uitoefenen. Daarnaast zouden verliezen, die op het punt stonden te verdampen daar de compensatietermijn vrijwel verstreken was en bij de betreffende vennootschap geen mogelijkheden tot compensatie voor

handen waren, na voeging wel benut kunnen worden. Bovendien zouden 'normale' verliezen van een vennootschap ná voeging met een nieuw opgerichte moedermaatschappij het karakter van aanloopverliezen krijgen.

### *Standaardvoorwaarde 3 (a en c):*

a. Voor de toepassing van art. 20, tweede lid, van de Wet of daarvoor in de plaats getreden wettelijke bepalingen op vóór het verenigingstijdstip geleden verliezen en op terug te wentelen verlies van één der jaren na het verenigingstijdstip naar een vóór dat tijdstip gelegen jaar, wordt de winst van de moedermaatschappij en de dochtermaatschappijen telkenjare berekend alsof die maatschappijen afzonderlijk belastingplichtig waren, met dien verstande dat slechts winst aan een maatschappij kan worden toegerekend voor zover deze als zodanig bij de combinatie tot uitdrukking komt.

Indien de winst van de combinatie positief is wordt daarbij negatieve winst van een maatschappij voor zoveel mogelijk in mindering gebracht op de positieve winsten van de andere maatschappijen die geen aanspraak hebben op verrekening van vóór het verenigingstijdstip geleden verliezen en voor het resterende gedeelte op die van de overige andere maatschappijen naar verhouding van hun positieve winsten. Indien de winst van de combinatie negatief is wordt de positieve winst van een maatschappij voor zoveel mogelijk in mindering gebracht op de negatieve winsten van de andere maatschappijen die geen aanspraak hebben op verrekening met de belastbare winst of winsten van een aan het verenigingstijdstip voorafgaand jaar of jaren en voor het resterende gedeelte op die van de overige maatschappijen naar verhouding van hun negatieve winsten.

c. Indien de met inachtneming van de onder a gegeven regels berekende winst van één der maatschappijen over één der jaren na het verenigingstijdstip negatief is wordt dit verlies binnen de wettelijke termijn achtereenvolgens verrekend met:

1. indien mogelijk de winst van de combinatie over een vorig jaar en wel voor zoveel nodig in verhouding van het door elke maatschappij geleden verlies;
2. de winst van die maatschappij over een aan het verenigingstijdstip voorafgaand jaar.

### *4.1. De 'afzonderlijke' verliescompensatie*

Vooropgesteld moet worden, dat de regeling voor de verliescompensatie in de standaardvoorwaarden geen inbreuk kan en mag maken op de verlengstukgedachte, zoals deze aan het regime van artikel 15 Wet Vpb. ten grondslag ligt. In zijn arrest van 26 juni 1974<sup>40</sup> overwoog de Hoge Raad: '... dat de aan het instituut van de fiscale eenheid ten grondslag liggende gedachte meebrengt, dat de berekening van het combinatie-resultaat voorrang heeft boven de verrekening van verliezen, derhalve ook die van vóór-fusieverliezen.' Uit het wezen van de fiscale eenheid vloeit voort, dat eerst jaarlijks het concernresultaat moet worden bepaald, waarbij automatisch de resultaten van de samenstellende vennootschappen worden gesaldeerd (de horizontale verliescompensatie). Eerst daarna kan (in het kader van de verticale verliescompensatie) worden bezien op welke wijze de resultaten uit de vóórvoegingsperiode (indien aanwezig) op dit concernresultaat van invloed kunnen zijn. Ter bepaling van deze invloed schrijft de huidige derde standaardvoorwaarde een fictieve splitsing voor van het concernresultaat, waarbij de resultaten van het concern aan de afzonderlijke vennootschappen moeten worden toegerekend, zodat de concernverhouding



bij de compensatie van vóórvoegingsverliezen tijdelijk ten dele wordt genegeerd.

Na de totstandkoming van het regime van de fiscale eenheid in 1940 gold aanvankelijk de opvatting dat vóórvoegingsverliezen niet tot compensatie binnen de fiscale eenheid zouden kunnen leiden. Dit blijkt impliciet uit punt B van de Resolutie van 27 september 1940, waarin werd medegedeeld dat de faciliteit zou worden geweigerd indien de moedermaatschappij een negatieve- en de dochtermaatschappij een positieve overgangsreserve had.

Gedurende de periode waarin het Besluit Vpb. van kracht was, althans tot 18 november 1964, werd de compensatie van vóórvoegingsverliezen weliswaar toegestaan, doch de 'afzonderlijke' verliescompensatie was niet expliciet opgenomen in de tekst van de betreffende standaardvoorwaarde, luidend: 'Eventueel nog te compenseren verlies van een der maatschappijen wordt bij de berekening van de winst van de combinatie in aanmerking genomen, indien en voor zover dit zou geschieden indien artikel 27 van het Besluit op de Winstbelasting 1940 geen toepassing had gevonden. Het nog te compenseren verlies van de dochtermaatschappijen blijft bovendien buiten aanmerking indien en voor zover dit verlies reeds bij de moedermaatschappij tot uitdrukking is gekomen'. In de 6e standaardvoorwaarde van 18 november 1964<sup>41</sup> werd de hiervóór geciteerde tekst verduidelijkt<sup>42</sup> door de toevoeging: '. . . m.a.w. binnen de wettelijke compensatietermijn en uitsluitend met het deel van de positieve jaarwinst van de combinatie dat aan de desbetreffende maatschappij kan worden toegerekend.' Deze standaardvoorwaarde bevatte echter geen regeling voor de toerekening van het combinatieresultaat aan de afzonderlijke maatschappijen. Deze regeling, die in de volgende paragraaf wordt behandeld, kwam eerst ná de invoering van de Wet Vpb. tot stand in de standaardvoorwaarden, gepubliceerd in de Staatscourant van 24 september 1970, nr. 184.

Zoals uiteengezet in § 3 van hoofdstuk I is de huidige fiscale eenheid, als fictieve fusie, gebaseerd op de *volledige* eenheid van het concern. De regeling voor de fictieve splitsing van het combinatieresultaat in de huidige voorwaarde 3a betekent dan ook een zodanige inbreuk op dit karakter van de fiscale eenheid, dat het regime eerst daadwerkelijk kan functioneren als de vóórvoegingsverliezen niet langer een rol spelen.<sup>43</sup> De doorbreking van de concerneenheid door deze fictie zal vooral in die gevallen, waarin de tot de fiscale eenheid behorende vennootschappen (ook administratief) in belangrijke mate zijn samengesmolten, aanleiding geven tot grote praktische problemen bij de winstberekening<sup>44</sup>, daar (in overeenstemming met het karakter van de fiscale eenheid) onderlinge transacties t.a.v. kostenverdelingen etc. niet meer behoeven te voldoen aan het 'arm's length beginsel'. Door in overleg met de inspecteur vrij arbitraire verdeelsleutels (zoals omzetverhoudingen) te hanteren zullen in de praktijk deze moeilijkheden moeten worden opgelost.

De fictieve splitsing van het combinatieresultaat zal tevens de in artikel 14a Wet IB jo. artikel 8 Wet Vpb. bedoelde vermogensaftrek dienen te omvatten. Ingeval één of meer tot de combinatie behorende vennootschappen een negatief vermogen hebben zal immers de vermogensaftrek van de combinatie niet gelijk

zijn aan de som van de vermogensaftrekken van de afzonderlijke vennootschappen. De standaardvoorwaarden bevatten hiervoor (nog) geen regeling, zodat in voorkomende gevallen ook op dit punt overleg met de inspecteur noodzakelijk zal zijn. Een splitsing van de vermogensaftrek van de combinatie naar verhouding van de positieve vermogens van de betreffende vennootschappen vormt naar mijn mening de meest in het systeem van deze standaardvoorwaarde passende oplossing.

Bij de afzonderlijke resultatenbepaling van de gevoegde maatschappijen ten behoeve van de fictieve splitsing 'wordt de winst van de moedermaatschappij en de dochtermaatschappijen telkenjare berekend alsof die maatschappijen afzonderlijk belastingplichtig waren, met dien verstande dat slechts winst aan een maatschappij kan worden toegerekend voor zover deze als zodanig bij de combinatie tot uitdrukking komt'. Deze zinsnede kan op tweeërlei wijze worden uitgelegd. De toevoeging: met dien verstande dat slechts *winst* (positief of negatief) aan een maatschappij kan worden toegerekend voor zover deze *als zodanig bij de combinatie tot uitdrukking* komt, kan worden beschouwd als het kader waarbinnen de berekening van de afzonderlijke resultaten dient te geschieden. Slechts resultaten van concerntransacties zouden voor toerekening in aanmerking komen, zodat transacties tussen de gevoegde maatschappijen onderling, die niet tot een op de resultatenrekening van de combinatie als concernresultaat tot uitdrukking komend verlies of winst leiden, bij de winstsplitsing buiten beschouwing moeten blijven.<sup>45</sup> In deze visie zullen de afzonderlijke resultatenberekeningen dus niet 'at arm's length' kunnen worden opgesteld, mede omdat de som van de afzonderlijke resultatenberekeningen niet gelijk is aan het concernresultaat, dat aan de afzonderlijke maatschappijen moet worden *toegerekend*. Deze interpretatie maakt minder inbreuk op het wezen van de fiscale eenheid en leidt derhalve niet tot de hiervoor beschreven praktische problemen. Zij leidt echter tot een zeer gebrekkig verlopende verliescompensatie (juist omdat *alle* intercompany transacties buiten beschouwing moeten blijven) en dus tot overkill of overcompensatie, geheel in strijd met de strekking van deze voorwaarde.

Ik geef dan ook de voorkeur aan de gangbare interpretatie, waarbij de afzonderlijke resultatenberekeningen 'at arm's length' basis dienen te geschieden, dus met inachtneming van de intercompany transacties. Hierdoor zou de verliescompensatie verlopen zoals zonder fiscale eenheid het geval zou zijn geweest, zodat op dit punt noch overkill noch overcompensatie mogelijk zou zijn, ware het niet dat de verliescompensatie beperkt wordt doordat het totaal van de afzonderlijke resultatenberekeningen het jaarresultaat van de combinatie niet te boven mag gaan. Dit plafond heeft tot gevolg dat die intercompany profits buiten beschouwing moeten blijven, die in hetzelfde boekjaar niet tot een overeenkomstig verlies bij de wederpartij hebben geleid<sup>46</sup>, zoals bij realisatie van stille reserves en goodwill binnen de combinatie en bij levering van goederen die aan het einde van het boekjaar de fiscale eenheid nog niet hebben verlaten. Intercompany profits die bij een andere tot de fiscale eenheid behorende vennootschap tot een overeenkomstig verlies leiden, zoals onderlinge rentebetalingen, kunnen wel in aanmerking worden genomen.<sup>47</sup>

Dit jaarwinstplafond staat de oplossing van een aantal frictieproblemen in de



weg. Bijvoorbeeld indien de moedermaatschappij in het kader van een interne reorganisatie of om andere redenen haar onderneming overdraagt aan een (nieuw opgerichte) dochtermaatschappij. Alsdan heeft de moedermaatschappij haar winstcapaciteit verloren (en dus eveneens de mogelijkheid om te komen tot verliescompensatie), zonder dat zij daarbij boekwinst heeft gemaakt, die benut zou kunnen worden om hiermee de oude verliezen te compenseren.

De onredelijke werking van de derde standaardvoorwaarde brengt de Vakstudie Vpb.<sup>47</sup> tot de gedachte dat in de praktijk wellicht door middel van een fictieve jaarlijkse vergoeding voor de fiscaal geruisloos overgedragen winstcapaciteit gedurende de eerste jaren een oplossing geboden zou kunnen worden. Dit zou dan de derde fictie in dit verband zijn, die geen enkele steun kan vinden in de ontworpen regeling, daar juist in deze situatie geen sprake is van winst, die als zodanig bij de combinatie tot uitdrukking komt. Het resultaat van de overgedragen onderneming zou in deze gedachtengang moeten worden gesplitst in:

a. dochterwinst — voor zover de dochter die winst ook zou hebben behaald ware de onderneming haar buiten de fiscale eenheid overgedragen. Aan de dochtermaatschappij wordt dus toegerekend de winst berekend op basis van de reële waarde van het ondernemingsvermogen inclusief goodwill.

b. moederwinst — het verschil tussen de door de combinatie behaalde winst in de overgedragen onderneming en de dochterwinst zoals hierboven aangegeven. Dit verschil zal gelijk zijn aan het afschrijvingsbedrag op de stille reserves en de goodwill, dat bij een afzonderlijke winstberekening als hier geschetst wel naar voren komt, doch niet binnen een fiscale eenheid omdat deze nu eenmaal meebrengt dat bij interne overdrachten van winstrealisatie geen sprake kan zijn.

De hier gesuggereerde 'oplossing' tracht strijdigheid te voorkomen met de zinsnede 'met dien verstande dat slechts winst aan een maatschappij kan worden toegerekend voorzover deze als zodanig bij de combinatie tot uitdrukking komt'. Immers is op de geschetste wijze de som van de afzonderlijke resultatenberekeningen gelijk aan het concernresultaat.

Men komt echter wel in strijd met het eerste deel van de zin, welke een winstberekening vereist 'alsof die maatschappijen afzonderlijk belastingplichtig waren'. Alsdan zou echter bij de moedermaatschappij de volle boekwinst uit hoofde van stille reserves en goodwill in het jaar van overdracht in de berekening van de belastbare winst zijn betrokken, terwijl op de voorgestelde wijze slechts geleidelijke winstneming plaatsvindt. In de omgekeerde situatie zal de fiscus dan ook tevergeefs pogen om bovenstaande oplossing analoog toe te passen. Ik doel hierbij op de situatie, waarbij binnen de fiscale eenheid een verliesgevende onderneming (activiteit) geruisloos (daar het arrest HR 26 juni 1963, BNB 1963/291, binnen de fiscale eenheid toepassing mist) wordt overgedragen aan een tot dan winstgevende recent gevoegde dochtermaatschappij, die het verlies dat per saldo gaat optreden kan benutten in het kader van de in de standaardvoorwaarden opgenomen carry back regeling.

Naar mijn mening is de beperking van de compensatie van vóórvoegingsverliezen tot de jaarwinst van de combinatie een noodzakelijk gevolg van het regime van de fiscale eenheid. Na het verenigingstijdstip bestaat, fiscaal gezien,

slechts één lichaam met één jaarresultaat dat voor verliescompensatie kan worden benut. De standaardvoorwaarden dienen slechts ter uitvoering van de wettelijke regeling en kunnen dus geen inbreuk maken op het wezen van de fiscale eenheid, hetgeen wel het geval zou zijn als bij verliescompensatie de band met het jaarresultaat zou worden losgelaten. Het feit dat buiten de fiscale eenheid de verliescompensatie in sommige gevallen voor de belastingplichtige gunstiger zou verlopen, kan naar mijn oordeel een inbreuk op het wezen van de fiscale eenheid niet rechtvaardigen. Terecht heeft Verburg gewezen<sup>48</sup> op het 'for better and worse'-aspect van de onverplichte regimekeuze.

#### *4.2. Toerekeningsproblematiek*

Nadat het concernresultaat fictief gesplitst is in deelresultaten van de tot de fiscale eenheid behorende vennootschappen, moet alvorens deze resultaten benut kunnen worden voor verliescompensatie over het verenigingstijdstip heen, eerst de horizontale verliescompensatie binnen de fiscale eenheid tot zijn recht komen. De resultaten van de vennootschappen ten aanzien van wie nog recht bestaat op compensatie van vóórvoegingsverliezen of welker (negatieve) resultaten nog in aanmerking komen voor carry back tot voor het verenigingstijdstip worden daarbij voorzover mogelijk ontzien. Bij een fiscale eenheid bestaande uit een moedermaatschappij en één dochtermaatschappij zal dit niet op problemen stuiten. Voor fiscale eenheden bestaande uit een moedermaatschappij en meerdere dochtermaatschappijen zijn de toerekeningsregels onder a en c in de derde standaardvoorwaarde opgenomen.

Bij de navolgende beknopte uiteenzetting baseer ik mij op de regels dienaangaande vastgelegd in de standaardvoorwaarden van 22 augustus 1978 (BNB 1978/266) welke op dit punt gelijkkluidend zijn aan de voorwaarden van 27 februari 1976, waarbij slechts de regeling in de voorwaarden van 5 december 1972 werd aangepast aan de (voorheen tijdelijke) verruiming van de carry back van één naar twee jaar. De regeling in de standaardvoorwaarden van 24 september 1970 was (zoals hierna zal blijken) enger, hetgeen blijkt uit het arrest HR 26 juni 1974, BNB 1975/14, zeker niet een dwingend gevolg van het karakter van de fiscale eenheid was. De 6e standaardvoorwaarde voor toepassing van artikel 27 WB, beschreven in het vorige onderdeel, bevatte in het geheel geen toerekeningsmethode.

##### *4.2.1. Verrekening van vóór-fusieverliezen bij gelijktijdig gevoegde dochtermaatschappijen*

In de derde standaardvoorwaarde gepubliceerd in de Staatscourant van 24 september 1970 (BNB 1970/233) werd bepaald dat, in geval de winst van de combinatie positief is doch de verrekening daarvan aan de afzonderlijke maatschappijen zowel positieve als negatieve uitkomsten oplevert, de verliesbedragen op de winstbedragen in mindering moeten worden gebracht naar verhouding van die winsten. In de standaardvoorwaarden van 5 december 1972 (BNB 1973/44) werd tegemoet gekomen aan het grote bezwaar dat bij deze pro rata-omslagme-



thode het negatieve resultaat van één der vennootschappen de verrekeningsmogelijkheid van alle andere vennootschappen beïnvloedt, daar hun winst in gelijke verhouding door dit verlies wordt verminderd. Sindsdien moet bij de horizontale resultatenverrekening het verlies primair worden verrekend met de winst van die maatschappijen, die geen vóór-fusieverliezen te compenseren hebben; eerst daarna volgt een pro rata-omslag van het resterend verlies over de overige winstgevende maatschappijen. Het volgende voorbeeld<sup>9</sup> geeft de verschillen tussen beide methoden weer:

Voorbeeld I:

M	+ 20	(vóór-fusieverlies 60)
D1	+ 60	(vóór-fusieverlies 90)
D2	- 50	
D3	+ 20	
<hr/>		
C	+ 50	

$$\begin{array}{lcl}
 \text{'oude' methode: te compenseren} & M & 20 - 2/10 \times 50 = 10 \\
 & D1 & 60 - 6/10 \times 50 = 30 \\
 & & \hline
 & & 40
 \end{array}$$

te belasten  $50 - 40 = 10$

$$\begin{array}{lcl}
 \text{'nieuwe' methode: te compenseren} & M & 20 - 2/8 \times 30(50 - 20) = 12 \frac{1}{2} \\
 & D1 & 60 - 6/8 \times 30(50 - 20) = 37 \frac{1}{2} \\
 & & \hline
 & & 50
 \end{array}$$

te belasten  $50 - 50 = 0$

Uiteraard zal bovenstaande berekening eerst behoeven te worden gemaakt als het concernresultaat positief is, daar de horizontale resultatenverrekening voorrang heeft boven de verticale compensatie (zie blz. 86). Gevolg hiervan kan zijn dat de termijn waarbinnen bepaalde vóór-fusieverliezen moeten worden gecompenseerd verstrijkt, ondanks het feit dat de desbetreffende vennootschap winst maakt. Dit zal een goede reden kunnen vormen om voor concernvennootschappen met compensabele verliezen (voorlopig) af te zien van fiscale eenheid. Dit kan te meer gelden als het aanloopverliezen betreft, die binnen de fiscale eenheid beperkt compensabel zouden worden (zie § 4.4). De vraag of de regeling in dit opzicht niet onredelijk werkt en de gevolgen wellicht zouden moeten worden opgevangen door verlenging van de verliescompensatietermijn of door het verlies als verlies van de combinatie te beschouwen, zou ik – gegeven nu eenmaal de beperking in de verliescompensatie aangelegd – ontkennend willen beantwoorden. Dit gevolg vloeit mijns inziens logischerwijze voort uit het fusiekarakter van de fiscale eenheid en is geheel te vergelijken met het ge-

val waarin een BV met compensabele verliezen deze verliezen ziet verdampen doordat de verliezen van een nieuw gesticht filiaal het winstherstel doorkruisen. De keuze dochtermaatschappij of filiaal wordt dan, evenals de keuze al dan niet een fiscale eenheid, mede beïnvloed door de gevolgen voor de verliescompensatie. Doorgaans zal men met een verstandige keuze nadelige gevolgen als de hier genoemde kunnen vermijden.

Naast de hiervóór vermelde methoden is in de jurisprudentie nog een derde methode ontwikkeld. Zoals vermeld werd in de standaardvoorwaarden die golden voor de toepassing van artikel 27 WB namelijk geen toerekeningsmethode aangegeven. Het Hof te 's-Gravenhage hanteerde in zijn uitspraak van 28 december 1973 (BNB 1975/14) de methode, zoals deze thans in de derde standaardvoorwaarde is vastgelegd, doch lette bovendien op de ouderdom van de vóór-fusie verliezen. Deze verfijning is tot op heden niet in de derde standaardvoorwaarde aangebracht.

#### 4.2.2. Verrekening van vóór-fusieverliezen bij volgtijdig gevoegde dochtermaatschappijen

In de begripsomschrijvingen, die aan de standaardvoorwaarden vooraf gaan, worden onder moeder- en dochtermaatschappij tevens reeds bestaande fiscale eenheden begrepen, die binnen de nieuw te vormen fiscale eenheid de moeder-respectievelijk dochterfunctie gaan vervullen. Vóórdat de vóór-fusieverliezen van (een van) de maatschappijen behorend tot de eerdere fiscale eenheid, na toerekening van het resultaat van deze eenheid aan de afzonderlijke maatschappijen, kunnen worden gecompenseerd zal eerst (horizontaal) het verlies van (een van) de maatschappijen behorend tot de latere fiscale eenheid verrekend moeten worden, omdat de bepalingen van de beschikking met het laatste verenigingsstijdstip voorgaan boven die van de voorafgaande beschikking.

Voorbeeld II:

$$C1 = M + D1 \text{ (vóór-fusieverlies 200)}$$

$$C2 = C1 + D2 \text{ (jaarwinst C2 + 90)}$$

Toerekening	1e beschikking	2e beschikking
M	+ 20	
D1	+ 130	
D2		- 60
C1	+ 150	+ 150
C2		+ 90

Het is duidelijk dat, bij volledige compensatie van het resultaat van D1 met het vóór-fusieverlies, de horizontale verliescompensatie binnen de latere fiscale eenheid C2 niet tot zijn recht kan komen, daar alsdan slechts het resultaat van M hiervoor beschikbaar zou zijn. Blijft de vraag naar welke methode het verlies van D2 over M en D1 moet worden verdeeld, indien beide beschikkingen hier-



voor verschillende methoden zouden bevatten. Ik deel de opvatting van Rijks<sup>50</sup> dat, indien een regeling dienaangaande ontbreekt, hierbij de methode van de nieuwste standaardvoorwaarden moet worden gevolgd, daar de laatstverworven rechtsinzichten dienen te prevaleren.<sup>51</sup> Indien C1 vóór 5 december 1972 en C2 ná dit tijdstip tot stand is gekomen, dan zou dus volgens deze opvatting het verlies van D2 eerst in mindering komen op de winst van M, zodat D1 90 (130 – 40) kan compenseren met haar vóór-fusieverlies, terwijl in de andere opvatting het verlies van D2 pro rata moet worden omgeslagen over M en D2, zodat D1 slechts 78 (130 – 52) kan compenseren met haar vóór-fusieverlies. Daar de standaardvoorwaarden reeds vanaf 5 december 1972 dezelfde methode voor de verrekening van vóór-fusieverliezen bevatten, zal thans dit probleem in de praktijk niet meer spelen.

#### 4.2.3. Carry back bij gelijktijdig gevoegde dochtermaatschappijen

Voor de toepassing van de carry back bevat de derde standaardvoorwaarde toerekeningsregels, die in principe het spiegelbeeld vormen van de regels voor de verrekening van vóór-fusieverliezen. De achtereenvolgende versies van de standaardvoorwaarden geven dan ook eenzelfde ontwikkeling te zien; de pro rata methode van de standaardvoorwaarden van 24 september 1970 heeft in de standaardvoorwaarden van 5 december 1972 plaatsgemaakt voor de methode waarbij de (horizontale) toerekening van winsten zoveel mogelijk moet geschieden aan verliesgevende vennootschappen, die geen carry back mogelijkheden hebben. Een eventueel restant wordt pro rata toegerekend aan verliesgevende vennootschappen, die deze mogelijkheid wel bezitten. Daarna kunnen deze vennootschappen hun resterende verliezen verrekenen met hun winsten uit het vóór-fusiejaar.

Voorbeeld III (verenigingstijdstip 1/1'73):

	C	M	D1	D2	D3
1972	n.v.t.	+ 200	+ 180	– 2	+ 160
1973	– 300	+ 150	– 170	– 130	– 150
hor.toerekening:		– 150	+ 10 5/8	+ 130	+ 9 3/8
	– 300		– 159 3/8		– 140 5/8
Carry back					
1972	+ 300		+ 159 3/8		+ 140 5/8

Blijft te compenseren: 0

De eerderevermelde verruiming van de carry back heeft tot gevolg dat thans verrekening mogelijk is van:

- verlies van de fiscale eenheid over het eerste jaar na het verenigingstijdstip naar de winst van de afzonderlijke maatschappijen over het voorlaatste en laatste jaar voorafgaande aan dat tijdstip
- verlies van de fiscale eenheid over het tweede jaar na het verenigingstijdstip

# STANDAARDVOORWAARDEN

naar de winst van het voorafgaande jaar en de winst van de afzonderlijke maatschappijen over het laatste jaar voorafgaande aan dat tijdstip

Ad a. In principe verloopt de toerekening identiek aan de toerekening onder de standaardvoorwaarden van 5 december 1972, met dit verschil dat dochtermaatschappijen die niet in het vóórvoegingsjaar maar wel in het daaraan voorafgaande jaar een positief belastbaar bedrag hebben tot de groep behoren van vennootschappen die aanspraak op carry back hebben en het restant van hun verliezen uit het eerste jaar van de fiscale eenheid hiermee kunnen verrekenen.

Voorbeeld IV (verenigingstijdstip 1 januari 1979):

	C	M	D1	D2	D3
1977	n.v.t.	+ 510	+ 320	+ 3 (+ 1)*	+ 245
1978	n.v.t.	+ 200	+ 180	- 2 ( 0)*	+ 160
1979	- 300	+ 150	- 170	- 130	- 150
hor.toerekening:		- 150	+ 56 2/3	+ 43 1/3	+ 50
<hr/>					
carry back '78	- 300 + 213 1/3		- 113 1/3 + 113 1/3	- 86 2/3	- 100 + 100
<hr/>					
carry back '77	- 86 2/3 + 1			- 86 2/3 + 1	
<hr/>					
Blijft te comp.	- 85 2/3			- 85 2/3	

\* Na carry back.

Zoals blijkt uit vergelijking van de voorbeelden III en IV zijn er gevallen denkbaar waarin, ondanks de verruimde carry back, in feite minder verlies wordt teruggewenteld, als gevolg van het feit dat het pro rata element in de toerekeningsregel op meerdere vennootschappen moet worden toegepast.

Ad b. In dit laatste geval behoeft de afzonderlijke resultatentoerekening uiteraard slechts plaats te vinden, indien het verlies groter is dan de winst over het eerste jaar van de fiscale eenheid.



VERLIESCOMPENSATIE

Voorbeeld V (verenigingstijdstip 1 januari 1979):

	C	M	D1	D2
1978	n.v.t.	+ 100	+ 60	- 10
1979	+ 100	+ 80	+ 20	0
1980	- 300	- 40	- 80	- 180
carry back '79 (in verhouding van de geleden verliezen):	+ 100	+ 13 1/3	+ 26 2/3	+ 60
Restant verlies 1979	- 200	- 26 2/3	- 53 1/3	- 120
carry back '78	+ 80	+ 26 2/3	+ 53 1/3	
Blijft te compenseren:	- 120			- 120

4.2.4. Carry back bij volgtijdig gevoegde dochtermaatschappijen

Bij volgtijdig gevoegde vennootschappen vindt de horizontale toerekening van winsten, analoog aan de situatie bij de vóór-fusieverliezen, trapsgewijze plaats. De winsten worden eerst omgeslagen zowel over de verliezen van de oude combinatie als geheel als over ieder der nieuw gevoegde dochtermaatschappijen, waarna verdeling plaatsvindt van de toegerekende winst binnen de oude combinatie, indien deze per saldo verliesgevend was.

Voorbeeld VI (de fiscale eenheid uit voorbeeld IV wordt per 1 januari 1980 uitgebreid met D4 en D5):

	C	M	D1	D2	D3	D4	D5
1977	n.v.t.	+ 510	+ 320	+ 3 (+ 1)	+ 245	+ 20	+ 40
1978	n.v.t.	+ 200	+ 180	- 2 ( 0)	+ 160	+ 15	+ 10
1979	- 300	+ 150	- 170	- 130	- 150	+ 50	+ 10
hor. toerekening:		- 150	+ 56 2/3	+ 43 1/3	+ 50		
carry back '78	- 300		- 113 1/3	- 86 2/3	- 100		
	+ 213 1/3		+ 113 1/3		+ 100		
carry back '77	- 86 2/3			- 86 2/3			
	+ 1			+ 1			
Blijft te comp.	- 85 2/3			- 85 2/3		+ 50	+ 10
1980	- 40	+ 40	+ 10	- 130	+ 5	- 45	+ 80
	- 40			- 75		- 45	+ 80
hor. toerekening winst 'nieuwe' combinatie:							
a) binnen 'nieuwe combinatie				+ 75		+ 5	- 80
b) binnen 'oude' combinatie				+ 75			
hor. toerekening winst 'oude' combinatie:	- 40	+ 40	+ 10	- 55	+ 5	- 40	-
binnen 'oude' combinatie		- 40	- 10	+ 55	- 5		

	- 40	- 40
carry back '79	+ 40	+ 40

---

Belastbaar bedrag 1980: 0

\* Na carry back.

#### 4.2.5. *De overgangsregeling in de Resolutie van 27 september 1976*

De Resolutie van 27 februari 1976 bevat een overgangsregeling van belang voor fiscale eenheden tot stand gekomen onder de standaardvoorwaarden van 5 december 1972 met als ingangsdatum 1 januari 1973 of later. Ondanks anders luidende standaardvoorwaarde mogen zij toch de regeling van de Resolutie van 27 februari 1976 toepassen. Zij mogen echter, indien dit voordeliger is, ook opteren voor verruimde carry back met uitsluitend de winst van de moedermaatschappij (dus zonder uitsplitsing van het verlies over de vennootschappen). De ratio van het laatste deel van deze overgangsregeling zal m.i. moeten worden gezocht in het feit dat in de voorwaarden voor bedoelde fiscale eenheden geen regeling is opgenomen m.b.t. de verruiming van de carry back-regeling tot twee jaar. Analoge toepassing van de in de voorwaarden vastgelegde éénjarige carry back-regeling in het tweede jaar zou wellicht niet met instemming van de belanghebbenden geschieden. Vandaar dat in de overgangsregeling de keuze aan belanghebbenden wordt gelaten. Gegeven het feit dat een specifieke regeling in de voorwaarden ontbrak en misbruik (bestaande uit het bewust creëren van een carry back-situatie door voeging met een verlies-BV) bij een niet voorzienbare situatie als de onderhavige niet mogelijk was, moet deze overgangsregeling, hoewel in strijd met de strekking van de derde standaardvoorwaarde, toch als acceptabel worden gekwalificeerd.

Strijdig met de strekking van de fiscale eenheid als wettelijke regeling is deze overgangsregeling in ieder geval niet. Wel vormt zij een aanwijzing voor de stelling dat de minister meent dat de voorwaarden een publiekrechtelijke overeenkomst vormen<sup>52</sup>, anders zou zijn volstaan met het van toepassing verklaren van de nieuwe standaardvoorwaarde op bestaande fiscale eenheden.

#### *Standaardvoorwaarde 3b:*

b. Voor zover de nog te compenseren verliezen van één der maatschappijen reeds vóór het verenigingstijdstip bij een andere tot de combinatie behorende maatschappij tot uitdrukking zijn gekomen worden deze verliezen niet verrekend met de winst van de combinatie. De overige verliezen worden binnen de in artikel 20, tweede lid, van de Wet, of daarvoor in de plaats getreden wettelijke bepalingen, gestelde termijn slechts verrekend met de onder a bedoelde, eventueel verminderde winst van die maatschappij.

#### 4.3. *Voorkoming van 'dubbele' verliescompensatie*

Deze bepaling was, zoals weergegeven in § 4.1, in summiere vorm reeds vervat in de standaardvoorwaarden voor de toepassing van artikel 27 WB. De ratio is



duidelijk; verliezen, die materieel reeds tot compensatie zijn gekomen, mogen niet nogmaals het resultaat beïnvloeden. In de praktijk is deze bepaling van weinig betekenis, daar deze situatie slechts vrij zelden zal voorkomen. Naast de reeds in § 3.3 geschetste gevallen, kan hierbij worden gedacht aan:

- afboeking ten laste van de winst op een deelneming (vóór 1 januari 1970, daarna verhinderd door de deelnemingsvrijstelling!) waardoor het verlies van deze vennootschap bij de moedermaatschappij of een andere tot het concern behorende maatschappij tot uiting kwam.
- afboeking ten laste van de winst op de kostprijs van een deelneming, wegens door die dochtermaatschappij geleden verlies, in het jaar van verwerving (annaal bezit ontbreekt!).
- afboeking ten laste van de winst op de aandelen in de pré-deelnemingsperiode wegens geleden verlies.
- realisatie van een liquidatieverlies, waarbij de moedermaatschappij als liquidatie-uitkering aandelen ontvangt in een verliesgevende kleindochtermaatschappij, welke het liquidatieverlies heeft veroorzaakt.
- afboeking op een vordering op de dochtermaatschappij, welke nadien als storting op aandelen is aangewend.<sup>53</sup>

Grammaticale interpretatie van standaardvoorwaarde 3b leidt tot de conclusie dat de inkorting niet willekeurig mag worden toegepast (bijvoorbeeld op de oudste nog te compenseren verliezen), doch specifiek het verlies dat reeds tot uitdrukking is gekomen moet betreffen.

Voorbeeld:

BV M koopt deelneming BV D (compensabel verlies BV D f 500 000). In het jaar van aankoop lijdt BV D (onverwachts) f 400 000 verlies, waardoor BV M in dat jaar ten laste van de fiscale winst op de kostprijs van de deelneming f 400 000 afboekt. Indien m.i.v. het volgende jaar een fiscale eenheid tussen BV M en BV D tot stand komt moet BV D (als gevolg van standaardvoorwaarde 3b) f 400 000 compensabel verlies prijsgeven. Naar mijn mening zal dit het verlies uit het jaar van aankoop moeten betreffen en niet de meegekochte oudere verliezen.

*Standaardvoorwaarde 3d:*

d. Indien tot de onder b bedoelde verliezen behoren aanloopverliezen, bedoeld in artikel 20, derde lid van de Wet, worden laatstbedoelde verliezen, ook na het splitsingstijdstip, aangemerkt als verliezen in de zin van artikel 20, tweede lid, geleden in het jaar voorafgaande aan het verenigingstijdstip.

#### *4.4. Aanloopverliezen uit de vóórvoegingsperiode*

Ik meen dat uit het voorafgaande, met name het gestelde in § 4.1, de conclusie kan worden getrokken, dat de huidige regeling van de vóór-fusieverliezen een te grote inbreuk maakt op het fusiekarakter van de fiscale eenheid en derhalve tot

de hiervóór beschreven fricties leidt, hetgeen m.i. vooral een gevolg is van de gewrongenheid die ontstaat door de inwerking van een contra-fictie op een fictie.

De Vakstudie Vpb. hanteert deze gewrongenheid als argument ter rechtvaardiging van de transformatie van aanloopverliezen in gewone verliezen, omdat anders deze situatie als gevolg van de onbeperkte compensatietermijn van de aanloopverliezen in principe oneindig zou kunnen blijven voortbestaan. Naar mijn mening wordt in deze opvatting de problematiek onjuist benaderd. Niet het karakter van de aanloopverliezen, doch de regeling van de verliescompensatie in de derde standaardvoorwaarde veroorzaakt een gewrongen situatie. De daarbij gehanteerde fictie is strijdig met het fusiekarakter van de fiscale eenheid, daar hierdoor binnen de gecreëerde *eenheid* tevens de *zelfstandigheid* van de betrokken lichamen wordt verondersteld. Genoemde opvatting van de Vakstudie Vpb.<sup>47</sup> kan ik dan ook niet delen, noch de mening dat de huidige regeling als alternatief geldt voor het ontnemen van alle rechten op compensatie van verliezen uit de periode vóór de aanvang van de fiscale eenheid. Ook de Vakstudie Vpb. meent dat dit te rigoreus en prohibitief voor de totstandkoming van vele fiscale eenheden zou zijn. Naar mijn mening kan de combinatie, gezien haar wezen, het recht op verliescompensatie van vóór-fusieverliezen niet worden ontzegd, tenzij het gekochte verliezen betreft.

Een gelijke opvatting blijkt uit de reeds aangehaalde overweging (zie blz. 85) van het Haagse Gerechtshof, dat in dit verband de compensatie van gekochte verliezen als misbruik aanmerkt. Evenmin zou naar mijn mening aan deze vóór-fusieverliezen het aanloopkarakter mogen worden ontnomen. De doelmatigheidsoverwegingen, die hiervoor worden aangevoerd, zijn wel reëel, doch worden in feite opgeroepen door de winstsplitsingsproblematiek (zoals besproken in § 4.1).

In de benadering, waarbij het ongesplitste combinatieresultaat voor verliescompensatie in aanmerking zou kunnen komen, de zogenaamde 'meersporige verliescompensatie' (zie § 4.8), zou deze voorwaarde dan ook volstrekt overbodig zijn.

De inbreuk die standaardvoorwaarde 3, sub d, op artikel 20 Wet Vpb. maakt wordt ook naar mijn mening<sup>54</sup> niet gerechtvaardigd door de strekking van het regime. Met deze bepaling treedt de minister buiten zijn delegatiebevoegdheid, daar duidelijk is dat zij niet dient ter verzekering van de heffing en de invordering van de belasting, doch uitsluitend op doelmatigheidsoverwegingen berust, hetgeen buiten die omschrijving valt.

In vergelijking met de regeling zoals deze gold voor de toepassing van artikel 27 WB, waarbij de aanloopverliezen werden aangemerkt als normale verliezen uitsluitend te compenseren binnen de wettelijke compensatie termijn, houdt de huidige regeling een termijnverlenging in door te bepalen dat de bedoelde aanloopverliezen geacht worden te zijn geleden in het jaar voorafgaande aan het verenigingstijdstip.

Bovenstaande regeling heeft tot gevolg dat door voeging de oudere aanloopverliezen in rangorde verschuiven en thans tot de jongste gewone verliezen gerekend moeten worden, zodat oudere verliezen, die op het punt stonden te verdampen, alsnog (gedeeltelijk) gecompenseerd kunnen worden.<sup>55</sup>



Bijvoorbeeld:

BV X (opgericht 1 januari 1966) heeft in de jaren 1966 t/m 1971 in totaal f 80 000 aanloopverliezen geleden. In 1972 bedroeg het verlies f 20 000. In 1978 maakte BV X (voor het eerst) f 30 000 winst, waarmee de aanloopverliezen gedeeltelijk zouden worden gecompenseerd, zodat het uit 1972 stammend verlies zou verdampen. Indien BV X per 1 januari 1978 een fiscale eenheid vormde met een andere BV, dan zijn de aanloopverliezen aangemerkt als verliezen geleden in 1977, zodat de jaarwinst 1978 (aannemende dat ook de andere gevoegde BV winst maakte) kon worden gecompenseerd met het verlies uit 1972.

*Standaardvoorwaarde 3e:*

e. Verlies van de combinatie en verliezen, door één van de maatschappijen geleden in de jaren na het splitsingstijdstip, worden niet aangemerkt als aanloopverliezen, bedoeld in artikel 20, derde lid, van de Wet.

#### *4.5. Aanloopverliezen geleden na het verenigingstijdstip*

Dit onderdeel van de derde standaardvoorwaarde beoogt te voorkomen dat beperkt compensabele verliezen door benutting van het regime van artikel 15 Wet Vpb. onbeperkt compensabel zouden worden. Dit zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen als een pas opgerichte vennootschap wordt gevoegd met een reeds langer (dan zes jaar) bestaande verliesgevende vennootschap of als een reeds langer (dan zes jaar) bestaande vennootschap erin zou slagen latente verliezen te verschuiven naar een pas opgerichte vennootschap, waarna splitsing volgt voordat de aanloopperiode van de laatstgenoemde vennootschap verstreken is.

‘In die gevallen waarbij alle tot de combinatie behorende maatschappijen, alsmede de maatschappijen die met een dezer maatschappijen voor de heffing van de vennootschapsbelasting verenigd zijn geweest, hun ondernemingen binnen de aan het verenigingstijdstip voorafgaande vijf jaren hebben gesticht’<sup>56</sup>, kan de regeling worden verzacht omdat het geschetste misbruik zich niet kan voordoen. Bijvoorbeeld de situatie, waarbij moeder- en dochtervennootschap direct vanaf de oprichtingsdatum worden gevoegd. Alsdan zal de voorwaarde in het geheel niet worden gesteld.<sup>57</sup> Beperkte toepassing zal plaatsvinden bij voeging van vennootschappen tijdens hun aanloopperiode. De verliezen geleden vanaf het verenigingstijdstip tot het moment, waarop de aanloopperiode voor de ‘oudste’ vennootschap eindigt, zullen wel als aanloopverliezen worden aangemerkt. De verliezen stammend uit de vóórvoegingsperiode zullen echter niet als zodanig worden aangemerkt.<sup>58</sup>

Hoewel dit onderdeel van de derde standaardvoorwaarde, voorheen vervat in de 6e standaardvoorwaarde voor de toepassing van artikel 27 WB<sup>41</sup>, terecht in sommige situaties aan de geleden verliezen het aanloopkarakter onthoudt, meen ik dat deze uitzondering beter in artikel 20, lid 3, van de Wet Vpb. kan worden opgenomen. Ingeval van een fiscale eenheid zou in het algemeen het

eerste boekjaar van de oudste tot de combinatie behorende vennootschap als eerste jaar van stichting van de *onderneming* van de combinatie moeten gelden.

#### *Standaardvoorwaarde 14:*

Vóór het verenigingstijdstip geleden verliezen van de moedermaatschappij worden na het splitsingstijdstip, dan wel na het tijdstip waarop de dochtermaatschappij is ontbonden en vereffend, niet verrekend met winsten van de moedermaatschappij voor zover die winsten zijn ontstaan door realisatie van stille reserves in de boekwaarden van vermogensbestanddelen, inclusief goodwill, die aan de dochtermaatschappij hebben toebehoord.

#### *4.6. Vóórvoegingsverliezen na ontvoeging*

Tijdens de fiscale eenheid voorkomt standaardvoorwaarde 3a, door de 'arm's-length' resultatenbepaling, dat vóórvoegingsverliezen kunnen worden gecompenseerd met winst uit realisatie van belangrijke *verschoven* stille reserves (incl. goodwill). Zonder fiscale eenheid zou immers deze concernwinst niet bij de winstrealiserende verkoper, doch bij de vroegere eigenaar zijn belast. Daarom bewerkt voorwaarde 3a dat bedoelde concernwinst aan de laatste maatschappij en niet aan de verkopende maatschappij (met de compensabele vóórvoegingsverliezen) wordt toegerekend. Deze regeling geldt echter slechts gedurende de voegingsperiode. Vandaar dat de veertiende standaardvoorwaarde, die onder de werking van artikel 27 Besluit WB niet als standaardvoorwaarde werd gesteld, hierop aansluitend bepaalt dat vóórvoegingsverliezen ook ná het splitsingstijdstip niet kunnen worden verrekend met winsten van de moedermaatschappij voor zover deze winsten zijn ontstaan door realisatie van stille reserves in de boekwaarden van vermogensbestanddelen, inclusief goodwill, die aan de dochtermaatschappij hebben toebehoord. Ook indien de fiscale eenheid niet is gesplitst, doch de dochtermaatschappij binnen de fiscale eenheid is ontbonden en vereffend, geldt deze bepaling. Door liquidatie van de dochtermaatschappij verandert er op de fiscale balans van de combinatie niets, zodat de liquidatie als zodanig geen aanleiding geeft tot belastingheffing. Het verdwijnen van de dochtermaatschappij als juridisch zelfstandig lichaam heeft wel tot gevolg dat haar vóórvoegingsverliezen verloren gaan, daar deze verliezen niet meer gecompenseerd kunnen worden met aan *deze* dochtermaatschappij toe te rekenen winst.

De ratio van de 14e standaardvoorwaarde is, zoals gezegd, compensatie van vóórvoegingsverliezen van de moedermaatschappij te beletten voor winst ontstaan door realisatie van reserves, die tijdens de fiscale eenheid zijn verschoven of na ontbinding van de dochtermaatschappij in het vermogen van de moedermaatschappij zijn gevloeid en na het splitsingstijdstip (resp. na de ontbinding) worden gerealiseerd door de moedermaatschappij, terwijl deze reserves zijn gevormd bij de dochtermaatschappij. De formulering van de 14e standaardvoorwaarde is echter ruimer, zodat naar de letter onder vermogensbestanddelen 'die aan de dochtermaatschappij hebben toebehoord' mede zouden zijn begrepen vermogensbestanddelen, die reeds vóór het verenigingstijdstip zijn overgedra-



gen. De stille reserves zullen bij het overdragende lichaam tot afrekening zijn gekomen. De bij verkoop gerealiseerde stille reserves zijn dan niet *verschoven*, doch later *gevormd*, zodat deze voorwaarde (naar de strekking geïnterpreteerd) hierop niet van toepassing is. Hetzelfde zal gelden voor de *aanwas* van de stille reserves tussen het tijdstip van overdracht en het moment van vervreemding, daar dit gedeelte van de stille reserves evenmin is *doorgeschoven*.

Naar mijn oordeel zou de formulering van de *huidige* 14e standaardvoorwaarde als volgt moeten worden gewijzigd: Vóór het verenigingstijdstip geleden verliezen van de moedermaatschappij worden na het splitsingstijdstip, dan wel na het tijdstip waarop de dochtermaatschappij is ontbonden en vereffend, niet verrekend met winsten van de moedermaatschappij voor zover die winsten zijn ontstaan door realisatie van stille reserves in de boekwaarden van vermogensbestanddelen, inclusief goodwill, die tijdens de voeging aan de moedermaatschappij zijn vervreemd door een andere tot de combinatie behorende vennootschap, indien en voor zover deze stille reserves vóór bedoelde vervreemding zijn gevormd.

#### *Standaardvoorwaarde 15:*

Van het splitsingstijdstip af zal de dochtermaatschappij geen aanspraak hebben op verrekening van verliezen die vóór het splitsingstijdstip zijn ontstaan.

#### *4.7. De vóórsplitsingsverliezen*

In de Resolutie van 27 september 1940<sup>2</sup> werd reeds (onder punt H) medegedeeld: ' . . . dat, van het splitsingstijdstip af de dochtermaatschappij geen aanspraak heeft op aftrek wegens verliezen, vóór het tijdstip ontstaan . . . '. Deze bepaling is wat betreft de periode gelegen tussen het voegings- en het splitsingstijdstip vanzelfsprekend; zij zou ook gelden zonder dat dit uitdrukkelijk in een standaardvoorwaarde is vastgelegd. Gedurende de voegingsperiode belichaamt de moedermaatschappij immers de combinatie, zodat de verliezen geleden gedurende deze periode fiscaal uitsluitend haar betreffen en na de ontvoeging ook niet aan andere lichamen kunnen worden toegerekend.

Dat in bijzondere omstandigheden hierdoor een nadeel zou kunnen ontstaan voor sommige belastingplichtigen is inherent aan de fiscale eenheid. Te denken valt aan de situatie, waarbij een zuivere holdingmaatschappij (moeder) haar in de fiscale eenheid begrepen verliesgevende werkmaatschappij (dochter) afstoot, waarna de holding de geleden verliezen door het ontbreken van een winstbron niet zal kunnen compenseren, hetgeen bij de dochtermaatschappij wellicht wel het geval geweest zou kunnen zijn, indien deze verliezen bij haar compensabel zouden zijn.

Gezien het keuzekarakter van de fiscale eenheid zal mijns inziens tijdige ontvoeging in dit soort gevallen een voor de hand liggende oplossing bieden. Slechts als bijzondere omstandigheden de tijdige ontvoeging verhinderen kan m.i. overwogen worden in het kader van de hardheidsclausule, de dochtermaat-

schappij alsnog aanspraak te verlenen op verrekening van een deel van de combinatieverliezen, zoals de Vakstudie Vpb. suggereert.<sup>58</sup>

Wat betreft de verliezen geleden in de periode gelegen vóór het verenigingstijdstip en die tijdens de fiscale eenheid niet tot verrekening zijn gekomen, heeft deze bepaling tot gevolg dat ook deze verliezen niet meer bij de dochtermaatschappij gecompenseerd kunnen worden. Dit zou betekenen dat deze verliezen in feite komen te vervallen, daar de moedermaatschappij deze verliezen, die niet door *haar* zijn geleden, ingevolge de derde standaardvoorwaarde, evenmin kan compenseren.

De ratio van de bepaling is wellicht<sup>59</sup> dezelfde als van de 14e standaardvoorwaarde — voorkomen dat na het splitsingstijdstip alsnog stille reserves in de boekwaarden van verschoven vermogensbestanddelen kunnen worden benut ter compensatie van vóórvoegingsverliezen (nu van de dochtermaatschappij) — ; de werking is echter veel te ruim waardoor naar mijn mening de 15e standaardvoorwaarde op dit punt in strijd komt met de strekking van het regime. Deze inbreuk wordt niet gerechtvaardigd door de inhoud van het derde lid van artikel 15 Wet Vpb. Terecht heeft de staatssecretaris in de Resolutie van 29 november 1972 medegedeeld, dat in voorkomende gevallen *op verzoek* van belanghebbende de aanspraak op verliescompensatie behouden blijft, mits tijdens de fiscale eenheid niet geschoven is met stille reserves (positief of negatief) in activa of passiva.

Ik meen echter dat op dit punt geen sprake kan zijn van gunstbetoon, doch dat de standaardvoorwaarde moet vervallen. Het misbruik dat deze standaardvoorwaarde waarschijnlijk beoogt te bestrijden kan naar mijn mening beter worden voorkomen door de 14e standaardvoorwaarde in de door mij op blz. 101 voorgestelde redactie uit te breiden met de bepaling dat evenmin vóór het verenigingstijdstip door een dochtermaatschappij geleden verliezen na het splitsingstijdstip zullen worden verrekend met winsten van deze dochtermaatschappij voor zover die winsten zijn ontstaan door realisatie van stille reserves, inclusief goodwill, die tijdens de voeging zijn verschoven door een andere tot de combinatie behorende vennootschap, indien en voor zover deze stille reserves vóór bedoelde verschuiving zijn gevormd.

#### 4.8. Afzonderlijke of meersporige verliescompensatie?

De huidige afzonderlijke compensatie van vóórvoegingsverliezen maakt zo zeer inbreuk op het fusiekarakter van de fiscale eenheid, dat een integrale wettelijke regeling zodanige afzonderlijke compensatie niet als materieel kenmerk zou mogen bevatten. Zonder nadere regeling zou een meersporige<sup>60</sup> compensatie van vóórvoegingsverliezen tot stand komen, waarbij de combinatie als zodanig het totale vóórvoegingsverlies zou kunnen verrekenen met het totale combinatieresultaat. De verruiming van de wettelijke regeling van verliescompensatie, die hierdoor zou ontstaan, is ingedamd door de huidige standaardvoorwaarden. Zoals uit de voorgaande behandeling van deze (3e, 14e en 15e) standaardvoor-



waarden blijkt, moet de huidige regeling, waarbij de compensatie van vóórvoegingsverliezen zo veel mogelijk dient te verlopen alsof de fiscale eenheid niet bestond, te eng van opzet worden geacht.

Het is de vraag of verruiming van de compensatie van vóórvoegingsverliezen wel zo bezwaarlijk is dat hierdoor een regeling als de huidige noodzakelijk wordt.<sup>61</sup> In feite houdt de acceptatie van een meersporige compensatie van vóórvoegingsverliezen de erkenning in dat ook deze verliezen binnen het concern zijn geleden, zij het vóór de toepassing van het regime van de fiscale eenheid. Door dit verlies alsnog als concernverlies te accepteren krijgt het regime een zekere mate van terugwerkende kracht.

De problematiek is dan ook te vergelijken met hetgeen gesteld is bij de beantwoording van de vraag of de huidige wettelijke beperking van de ingangsdatum van de fiscale eenheid, tot de aanvang van het boekjaar waarin het verzoek is ingediend, wel terecht is. Ook hier geldt dat het keuzekarakter van het regime een soepeler benadering mogelijk maakt, mits op het eerdere tijdstip aan de overige vereisten werd voldaan, zodat aan de grondslag van de regeling<sup>62</sup> geen geweld wordt gedaan. Slechts dan zal bij de verliescompensatie sprake zijn van handelen in strijd met de concernrealiteit (en dus van onbedoeld gebruik) als het verlies betreft die niet binnen het concern zijn geleden, dus verliezen geleden door de concernmaatschappijen in de periode dat deze maatschappijen niet of niet volledig deel van het concern uitmaakten.

Het Haagse Hof<sup>40</sup> spreekt in dit verband over mogelijk misbruik, doordat gekochte verliezen zouden kunnen worden gecompenseerd met concernwinsten. Dit misbruik zou kunnen worden voorkomen door in de wettelijke regeling het vereiste op te nemen dat slechts die vóórvoegingsverliezen bij de combinatie compensabel zullen zijn, die geleden zijn door de te voegen maatschappij in de periode waarin reeds aan alle vereisten voor de fiscale eenheid werd voldaan, zonder dat voor het regime werd geopteerd, tenzij deze verliezen reeds bij een der andere concernmaatschappijen tot uitdrukking zijn gekomen. Hierdoor zou de mogelijkheid van compensatie van gekochte verliezen volledig teniet worden gedaan en zou dubbele compensatie worden voorkomen in die gevallen waarin het verlies reeds tot uitdrukking is gekomen, bijvoorbeeld door afwaarderding van een (later in aandelen omgezette) vordering op genoemde dochtermaatschappij.

Het te loor gaan van 'gekochte' vóórvoegingsverliezen zal in bepaalde gevallen geheel of ten dele worden goedge maakt indien de moedermaatschappij bij de verwerving van de verlieslijdende dochtermaatschappij een latente belastingvordering verkrijgt uit hoofde van het verschil tussen het fiscaal vermogen van de dochtermaatschappij en de lagere koopsom van de deelneming (zie het voorbeeld op blz. 76).

Acht men het teloor gaan van verliescompensatie in sommige gevallen, waarin van dubbele compensatie geen sprake is, niet wenselijk, dan zou aan de minister de bevoegdheid kunnen worden verleend in deze gevallen van het hier vóór gesuggereerde vereiste af te wijken. Gezien het feit dat compensatie van gekochte verliezen — die derhalve niet binnen het concern zijn geleden — principieel strijdig is met het concernkarakter van de fiscale eenheid, geef ik de

voorkeur aan deze benadering boven de suggestie van Van Tuijl<sup>63</sup> om gekochte verliezen slechts dan niet te compenseren met de *gehele* combinatiewinst, indien en voor zover het verlies reeds tot uitdrukking kwam bij andere belastingplichtige lichamen. A fortiori ben ik een tegenstander van de door deze schrijver als minder ingrijpende benadering voorgestelde discontering, waarbij in feite gekochte verliezen gedeeltelijk (al naar gelang hun ouderdom) gecompenseerd worden met latere combinatiewinst.

De carry back zal op overeenkomstige wijze geregeld moeten worden door te bepalen dat ook hiervoor, in de van belang zijnde jaren, slechts het positieve saldo zal kunnen worden benut van de winsten en de verliezen van die afzonderlijke maatschappijen, die toen reeds aan alle vereisten voor de fiscale eenheid voldeden.

De meersporige verliescompensatie ontnemt de ratio (hoe zwak deze ook moge zijn) aan het omzetten van aanloopverliezen uit de vóórvoegingsperiode in gewone verliezen. Wel zal artikel 20, derde lid, Wet Vpb. moeten worden gewijzigd in die zin dat het eerste boekjaar van de oudste van de tot de combinatie behorende maatschappijen geldt als het eerste jaar van de stichting van de *onderneming* van de combinatie.

Liquidatie van een gevoegde maatschappij zal in het bovenomschreven voorstel niet leiden tot het teloorgaan van haar vóórvoegingsverliezen, daar deze verliezen evenals de activa en passiva geacht worden van de combinatie te zijn, tenzij het gekochte verliezen betreft.

## 5. De anti-misbruik bepalingen

Met name de 16e en 17e-, doch ook de 3e, de 11e, de 14e en 15e standaardvoorwaarde beogen (mede) misbruik van het regime van de fiscale eenheid te voorkomen. De summiere opzet van artikel 15 Wet Vpb., waarin doel en strekking slechts op gebrekkige wijze tot uiting komen, zou immers kunnen uitnodigen tot onbedoeld gebruik en misbruik. In tegenstelling tot misbruik omvat het onbedoeld gebruik die vormen van gebruik van het regime, waarmee weliswaar (totaal) andere doeleinden worden gediend dan waarvoor de regeling tot stand gekomen is, maar die door de (pseudo-)wetgever niet uitdrukkelijk als ongeoorloofd worden bestreden.

Een discussie over de noodzaak van zodanige voorwaarden zal naar mijn mening sterke gelijkenis vertonen met de discussie, die werd gevoerd over de invoering en handhaving van de richtige-heffingsbepaling.<sup>64</sup> Zolang een zo goed doordachte en heldere wetgeving, welke onbedoeld gebruik voorkomt, een utopie blijft zal de noodzaak bestaan bepaalde vormen van onbedoeld gebruik te bestrijden, waarbij als neven doel de preventieve werking van de daartoe getroffen regelingen kan worden vermeld. Anderzijds wordt de willekeur van de zijde van de administratie, die door deze regelingen zou kunnen worden opgeroepen, gevreesd en ontstaat bij een (in de praktijk vrijwel onvermijdelijke) ruime formulering van de bepalingen rechtsonzekerheid en overkill.

Men zou zich kunnen afvragen of niet elk gebruik van een regime, dat niet



overeenkomstig doel en strekking van de regeling plaatsvindt, als misbruik bestreden zou moeten worden. Zodanige bestrijding zal echter praktisch niet te realiseren zijn door de vaak vloeiende grenzen tussen bedoeld en onbedoeld gebruik, zeker waar meerdere doeleinden een rol spelen. Bovendien zal vaak moeilijk kunnen worden beoordeeld of dat wat wordt gesteld ook werkelijk wordt beoogd. Dit neemt echter niet weg dat het voorkomen van onbedoeld gebruik wel met kracht moet worden nagestreefd, zowel in de wetgeving als in de 'pseudo-wetgeving'.

### 5.1. De aard van het te bestrijden misbruik

Het regime van de fiscale eenheid kan, naast de horizontale verliescompensatie, nog andere doeleinden dienen. Dit als gevolg van de fusiegestalte, die aan de concernregeling gegeven is, waardoor onder meer alle transacties tussen gelieerde vennootschappen, soms geheel in strijd met de commerciële werkelijkheid, fiscaal irrelevant zijn.

In de praktijk functioneert de fiscale eenheid tevens als faciliteit om zonder fiscale gevolgen tot afsplitsing, vaak in het kader van een reorganisatie, van ondernemingsgedeelten in afzonderlijke vennootschappen te komen. Van misbruik zal dan geen sprake kunnen zijn, daar artikel 14, lid 2, Wet Vpb. juist ook voor deze situatie een fiscale faciliteit schept. De fiscale eenheid leent zich echter niet slechts voor afsplitsing van ondernemingsgedeelten, doch (anders dan artikel 14, lid 2) ook voor overdracht zonder fiscale gevolgen van afzonderlijke activa en passiva aan andere tot de eenheid behorende vennootschappen. Buiten de fiscale eenheid zou dit, toepassing van de zgn. ruilarresten en van artikel 14 Wet IB jo. artikel 8 Wet Vpb. daargelaten, bij aanwezigheid van stille reserves tot winstneming leiden.

Indien de fiscale eenheid wordt gebruikt om een activum met een (belangrijke) stille reserve te verschuiven naar een dochtermaatschappij, teneinde de stille reserve na afsplitsing van deze dochtermaatschappij materieel te realiseren zonder *directe* belastingheffing, is sprake van misbruik in de zin van de 16e (en 17e) standaardvoorwaarde.

#### Voorbeeld:

BV A is voornemens onroerend goed met een boekwaarde van f 200 000 en een werkelijke waarde van f 500 000 af te stoten (zonder vervangingsvoornemen). Rechtstreekse verkoop kost 48% van f 300 000 dus f 144 000 belasting. Zij volgt nu de volgende weg: BV A vormt tezamen met haar nieuw opgerichte dochtermaatschappij BV B een fiscale eenheid met ingang van de oprichtingsdatum van BV B. Onmiddellijk na oprichting verkoopt BV A aan BV B het onroerend goed tegen de boekwaarde, waarbij de koopsom wordt schuldig gebleven. Na afloop van het boekjaar waarin deze transactie plaatsvond verkoopt BV A haar deelneming BV B aan een derde voor f 275 000, zijnde het geplaatste en gestorte kapitaal (stel f 35 000) plus de meerwaarde van het onroerend goed,

verminderd met de belastinglatentie (stel 20%). De koerswinst ad f 240 000 op de deelneming BV B zou zonder nadere voorziening in de deelnemingsvrijstelling vallen. Buiten fiscale eenheid zou op de transactiewinst ad f 300 000 48% vennootschapsbelasting in mindering zijn gekomen, zodat het netto resultaat f 156 000 zou hebben bedragen; derhalve f 84 000 minder dan bij benutting van de fiscale eenheid in combinatie met de deelnemingsvrijstelling.

Indien de fiscale eenheid wordt gebruikt om stille reserves in aan derden te vervreemden zaken zonder directe belastingheffing te realiseren, heeft de minister bestrijding van deze gang van zaken als misbruik noodzakelijk geacht. Naar de opvatting van de minister wordt de fiscale eenheid alsdan op ongeoorloofde wijze gebruikt om de heffing van vennootschapsbelasting uit (c.q. af) te stellen.

#### *Standaardvoorwaarde 16:*

Artikel 13 van de Wet blijft buiten toepassing ten aanzien van door een naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid te behalen koerswinst op aandelen in een andere naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid welke niet langer dan vijf jaren tevoren voor de heffing van de vennootschapsbelasting is verenigd geweest met eerstbedoelde vennootschap dan wel met een naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid waarmede eerstbedoelde vennootschap voor de heffing van de vennootschapsbelasting verenigd is of is geweest, indien de samenstelling van het vermogen van die andere vennootschap is gewijzigd tengevolge van transacties binnen de fiscale eenheid, tenzij deze transacties plaatsvonden in het kader van een bij de aard en de omvang van die andere vennootschap passende normale bedrijfsuitoefening.

#### *5.2. Uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling*

Ter bestrijding van het hiervoor geschetste misbruik is voor fiscale eenheden die zijn ontstaan na invoering van de Wet Vpb. de 16e standaardvoorwaarde in het leven geroepen, die de deelnemingsvrijstelling (artikel 13 Wet Vpb.) voor de moedermaatschappij buiten toepassing plaatst, indien de aandelenverkoop binnen 5 jaar na het splitsingstijdstip plaatsvindt en gedurende de fiscale eenheid het vermogen van de vennootschap waarin deelgenomen werd, is gewijzigd ten gevolge van bedoelde transacties, tenzij deze transacties naar aard en omvang normale transacties waren, die pasten in het kader van de bedrijfsuitoefening van deze vennootschap.

Voor fiscale eenheden, die reeds vóór de invoering van de Wet Vpb. tot stand zijn gekomen is artikel 30, lid 2 in deze wet opgenomen. De tekst is gelijkkluidend aan de 16e standaardvoorwaarde, daar deze voorwaarde, zoals de bewindsman tijdens de parlementaire behandeling mededeelde, niet ongunstiger zou luiden dan artikel 30, lid 2.<sup>65</sup> Bij de parlementaire behandeling werd de invoering van deze bepaling gemotiveerd door erop te wijzen dat bedoeld misbruik, door de uitbreiding van de deelnemingsvrijstelling tot koerswinsten, thans ook bij bestaande fiscale eenheden zou kunnen optreden.<sup>66</sup> Ook de Vakstudie vennootschapsbelasting<sup>67</sup> en Rijks<sup>68</sup> menen dat eerst door uitbreiding van de deelnemingsvrijstelling misbruik in dit verband mogelijk werd. Van Tuijl<sup>69</sup> heeft



echter gewezen op het feit dat ook onder artikel 27 Besluit WB reeds soortgelijke constructies bestonden, waarbij boekwinst op de deelneming werd voorkomen door de techniek van commerciële herwaardering van de aan de dochtermaatschappij overgedragen vermogensbestanddelen, gevolgd door schuldigerkenning van het dividend dat tegenover de hieruit ontstane herwaarderingswinst werd gedeclareerd.<sup>70</sup> Tevens bestond toen in bepaalde gevallen de mogelijkheid om na splitsing van de fiscale eenheid de heffing over de boekwinst bij verkoop te vermijden door artikel 18, lid 2, van het Besluit (de voorganger van artikel 14, lid 2, Wet Vpb.) toe te passen.

### 5.3. De 'besmette' transacties

Grammaticale interpretatie van de 16e standaardvoorwaarde leidt tot de conclusie dat de deelnemingsvrijstelling voor koerswinsten behaald op de desbetreffende deelnemingen in principe steeds is uitgesloten, daar normaliter gedurende de fiscale eenheid het vermogen van een dochtermaatschappij van samenstelling zal zijn veranderd door intercompany transacties. De strekking van de bepaling laat mijns inziens echter toe de beperking 'tenzij deze transacties plaatsvinden in het kader van een bij de aard en de omvang van die andere vennootschap passende normale bedrijfsuitoefening' te beschouwen als de normale situatie. De 16e standaardvoorwaarde zou m.i. beter een omschrijving van de 'besmette' transacties i.p.v. een uitzondering t.a.v. de 'normale' transacties kunnen bevatten.

Welke transacties een normaal (niet besmet) karakter dragen is noch tijdens de parlementaire behandeling van artikel 30, lid 2, noch daarna duidelijk geworden. Aanvankelijk bevatte de regeling in het wetsontwerp (waarin het bij de Tweede Nota van Wijzigingen werd opgenomen) in deze zin in het geheel geen beperking: 'Ingeval een naamloze vennootschap bij de aanvang van het jaar waarover voor het eerst belasting wordt geheven volgens deze wet, aandelen bezit in een andere vennootschap die krachtens een beschikking als bedoeld is in artikel 32, zesde lid, deel uitmaakt of heeft uitgemaakt van een fiscale eenheid, waartoe ook de eerstbedoelde vennootschap behoort of heeft behoord, blijft artikel 12 (thans artikel 13, v.S.) buiten toepassing t.a.v. koerswinsten op die aandelen, welke worden behaald binnen tien jaren na het tijdstip waarop de andere vennootschap geen deel meer uitmaakt van die fiscale eenheid.'<sup>71</sup>

In de Nadere Memorie van Antwoord<sup>72</sup> werd toegegeven dat de tekst wel 'wat' ruim geformuleerd was, zodat nader voorgesteld werd in de tekst tot uitdrukking te brengen, dat artikel 12 alleen buiten toepassing zou blijven indien de samenstelling van het vermogen van de vennootschap, welker aandelen worden vervreemd, ten gevolge van verschuivingen binnen de fiscale eenheid tijdens haar bestaan is gewijzigd.

Als reactie hierop diende de heer Peijnenburg het navolgende amendement in: 'In artikel 29, derde lid, vervalt de tweede volzin en wordt onder vervanging van de punt aan het slot van de eerste volzin door een komma, toegevoegd: indien de samenstelling van het vermogen van de andere vennootschap is gewij-

zigt ten gevolge van transacties binnen die fiscale eenheid tenzij deze transacties plaatsvonden in het kader van een bij de aard en de omvang van de onderneming van de andere vennootschap passende normale bedrijfsuitoefening. Toelichting: Het amendement beoogt de bedoeling van het betrokken artikel beter tot uitdrukking te brengen.'

In de mondelinge toelichting op zijn amendement stelde de heer Peijnenburg:<sup>73</sup> 'Mijnheer de Voorzitter! In het nader voorlopig verslag hebben wij betoogd, begrip te hebben voor het streven, te voorkomen, dat in beginsel belastbare winsten worden omgezet in onbelaste winsten, maar dat de met het oog daarop voorgestelde bepaling over het doel heenschiet en dat een meer adequate redactie wenselijk ware. In de derde nota van wijziging is door de bewindslieden hierop in artikel 29, thans lid 3, een toevoeging gepresenteerd, waarvan de toelichting zegt, dat daarmee wordt beoogd, te bereiken, dat de deelnemingsvrijstelling slechts dan buiten toepassing blijft, "indien de samenstelling van het vermogen van de vennootschap, welker aandelen worden vervreemd, ten gevolge van verschuivingen binnen de fiscale eenheid tijdens haar bestaan is gewijzigd". De daarbij behorende wetstekst is echter veel stringenter. Vereist wordt, dat de aanvankelijk aangenomen en later weer afgestoten dochter een ongerepte maagd is gebleven; zelfs een normale groei en expansie leiden tot uitsluiting van artikel 12. Ook wordt uitgesloten, dat zij in de onderlinge taakverdeling binnen de eenheid veranderd kan zijn. In de door mij voorgestelde tekst heb ik de bedoeling — zoals deze uit de toelichting blijkt — willen weergeven, dat de normale expansie, waartoe ook behoren op grond van de normale bedrijfsuitoefening gewenst geachte verschuivingen met het oog op de taakverdeling der werkzaamheden binnen de fiscale eenheid, niet tot uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling op koerswinsten zal leiden. Het is duidelijk, dat dit niet kan zijn het volstoppen van lege of het leeg halen van volle dochtermaatschappijen.'

Door een en ander is naar mijn mening niet duidelijk geworden wat de exacte inhoud van de niet besmette transacties is, daar deze transacties nauwelijks nader bepaald zijn. Naar de tekst van de voorwaarde zou het zonder vergoeding door de dochtermaatschappij beschikken over een aan de moedermaatschappij behorende postzegel van een dubbeltje de sanctie al in het leven roepen. Naar mijn mening zal echter, gezien het anti-misbruik karakter van de bepaling, slechts dan van een naar zijn aard besmette transactie gesproken kunnen worden indien met de transactie beoogd wordt een stille reserve zonder afrekening te realiseren.

Gezien de redactie van de huidige 16e standaardvoorwaarde zal de bewijslast op dit punt in principe bij belastingplichtige berusten. De door mij op blz. 107 bepleite wijziging in de tekst van de standaardvoorwaarde zal tevens hierin verandering brengen.

In de toelichting op het amendement worden, zoals hiervóór vermeld, verschuivingen veroorzaakt door de taakverdeling in het kader van een normale bedrijfsuitoefening in ieder geval tot de niet 'besmette' transacties gerekend. Ik deel de mening van de Vakstudie vennootschapsbelasting<sup>74</sup> dat hierbij moet worden gedacht aan de taakverdeling (binnen het concern) zoals die van oudsher was.



Ook na het amendement Peijnenburg, op grond waarvan de huidige redactie van artikel 30, lid 2, tot stand is gekomen, is de bepaling (en bijgevolg de 16e standaardvoorwaarde) nog steeds zodanig ruim geformuleerd, dat letterlijke interpretatie vaak in botsing zal komen met de strekking van de bepaling.

Zo zullen wijzigingen in de samenstelling van het vermogen van de vennootschap, die bij afwezigheid van stille reserves in het geheel niet van invloed zijn geweest op de eventueel te behalen koerswinst, bij vervreemding van de aandelen door de moedermaatschappij, toch de deelnemingsvrijstelling naar de letter uitsluiten. Van misbruik kan dan in het geheel niet worden gesproken, daar deze transacties ook buiten de fiscale eenheid op dezelfde wijze hadden kunnen plaatsvinden, eveneens zonder fiscale gevolgen.

Ook op dit punt deel ik de opvatting van de Vakstudie vennootschapsbelasting dat er slechts aanleiding is de deelnemingsvrijstelling uit te sluiten als ten gevolge van een niet in de normale bedrijfsuitoefening passende transactie binnen de fiscale eenheid een wijziging is opgetreden in het verschil tussen de waarde in het economisch verkeer van de vermogensbestanddelen van een dochtermaatschappij en de som van de fiscale boekwaarden van die vermogensbestanddelen<sup>74</sup>, (m.a.w. in de omvang van de stille reserves/goodwill), daar alsdan — in meerdere of mindere mate — sprake is van het 'volstoppen van lege of het leeg halen van volle dochtermaatschappijen' door transacties, welke hun invloed doen gelden op de eventueel te behalen koerswinst. Buiten de fiscale eenheid zouden deze transacties dan ook niet, of althans niet op deze wijze, hebben plaatsgevonden.

De huidige tekst bestrijkt niet slechts vermogensverschuivingen van moeder naar dochtermaatschappij, doch ook verschuivingen in omgekeerde richting, geheel overeenkomstig de bedoeling zoals de heer Peijnenburg deze tijdens de parlementaire behandeling naar voren bracht: 'Het is duidelijk, dat dit niet kan zijn het volstoppen van lege of het leeg halen van volle dochtermaatschappijen'.<sup>73</sup> De opvatting van Bartel<sup>75</sup> dat bij deze transacties de sanctie achterwege dient te blijven gezien de ratio van de bepaling kan ik niet zonder meer delen. Van Tuijl<sup>76</sup> die deze mening evenmin huldigt, meent dat voor deze sanctie slechts een reden aanwezig is, indien het vermogen van de dochtermaatschappij na de overdracht uitsluitend bestaat uit één of meer vermogensbestanddelen met stille reserves, zonder dat nog sprake is van een onderneming of een min of meer zelfstandig ondernemingsgedeelte.

#### Voorbeeld I:

Dochtermaatschappij BV D bezit al het onroerend goed van het concern, bestaande uit drie panden. Bij rechtstreekse verkoop (zonder vervangingsvoornemen) van één van deze panden aan een gegadigde zou de stille reserve in de belastingheffing worden betrokken. Teneinde deze heffing te ontgaan hevelt BV D eerst binnen fiscale eenheid de twee andere panden over naar haar moedermaatschappij BV M. Daarna verkoopt BV M haar deelneming in BV D aan de gegadigde voor het pand. Op deze verkoop is de 16e standaardvoorwaarde in principe<sup>77</sup> van toepassing.

Mocht tijdens de fiscale eenheid de dochtermaatschappij vermogensbestanddelen met stille reserves naar de moedermaatschappij hebben overgeheveld, terwijl de onderneming overigens in stand blijft, dan ziet Van Tuijl geen enkele reden voor de sanctie daar naar zijn mening geen belastbare winst wordt omgezet in onbelaste winst. Naar mijn mening laat Van Tuijl hierbij ten onrechte buiten beschouwing dat zonder fiscale eenheid een uitdeling, in de vorm van overgeheveldde stille reserves, bij de moedermaatschappij weliswaar niet belast is (deelnemingsvrijstelling!), doch dat de overdracht tegen een te lage prijs tot een winstcorrectie bij de dochtermaatschappij en derhalve tot belastingheffing over deze stille reserves zal leiden. Het niet van toepassing zijn van de sanctie in het hier bedoelde geval – het gedeeltelijk leeghalen van een dochtermaatschappij – zijn naar mijn oordeel dan ook in strijd met de (eveneens door Van Tuijl onderschreven<sup>76</sup>) ratio van de 16e standaardvoorwaarde, belastingheffing over de stille reserve in het verschoven vermogensbestanddeel achterwege blijven.

#### Voorbeeld II:

In dochtermaatschappij BV D bevindt zich, naast de onderneming, ook onroerend goed. Indien een koper slechts in de onderneming geïnteresseerd is, zou directe verkoop van de onderneming (de faciliteit van artikel 14, lid 2 daargelaten) tot belastingheffing over de goodwill leiden. Verkoop van de deelneming is echter eerst mogelijk nadat het onroerend goed aan de moedermaatschappij is overgedragen. Geschiedt deze overdracht binnen de fiscale eenheid, zodat de belastingheffing over de stille reserve wordt ontgaan, dan is naar mijn mening de 16e standaardvoorwaarde bij vervreemding van de deelneming in principe<sup>77</sup> van toepassing. In tegenstelling tot Van Tuijl meen ik dat er ook reden is om tot belastingheffing te komen. Klaarblijkelijk wil de moedermaatschappij slechts een deel van de dochtermaatschappij afstoten. Buiten fiscale eenheid zou de overdracht van het vermogensbestanddeel bij de dochtermaatschappij geleid hebben tot belastingheffing over de gerealiseerde stille reserve. Aan het in stand laten van de deelnemingsvrijstelling zou ik in casu dan ook de voorwaarde willen verbinden dat alsnog dient te worden afgerekend over de (geruisloos) aan de moedermaatschappij overgedragen stille reserve(s). Mocht de boekwaarde van het naar de moedermaatschappij verschoven vermogensbestanddeel gelijk zijn aan de waarde in het economisch verkeer dan blijft uiteraard de bepaling buiten toepassing omdat alsdan geen sprake is van een 'besmette' transactie. Is de dochtermaatschappij echter op één vermogensbestanddeel na geheel uitgekleeft (zoals in voorbeeld I op blz. 109), dan moet naar mijn mening de standaardvoorwaarde, gezien de ratio van de bepaling en de op dit punt duidelijke wetsgeschiedenis, onverkort worden toegepast.<sup>78</sup>

Juch<sup>79</sup> meent dat transacties waarbij de dochtermaatschappij vermogensbestanddelen aan de moedermaatschappij overdraagt in het geheel niet onder de bepaling vallen. Zou dit wel het geval zijn, dan zou naar zijn mening hetzelfde



de gesteld kunnen worden ten aanzien van niet juist doorberekende overheadkosten, levering van voorraden tegen prijzen beneden marktwaarde enz.; kortom allerlei rechtshandelingen waarvoor juist de fiscale eenheid dient om daaraan geen fiscale gevolgen te verbinden.

Naar mijn mening zal echter met name bij de door hem als voorbeeld genoemde rechtshandelingen de bepaling niet in werking treden omdat deze handelingen niet los staan van de normale bedrijfsuitoefening, zodat geen sprake is van 'besmette' transacties. Het feit dat de prijzen van deze intercompany transacties fiscaal niet meer worden getoetst, vloeit voort uit het fusiekarakter van de fiscale eenheid (zie § 5.6 hierna). Er ligt een wezenlijk verschil tussen het achterwege laten van winstneming op overigens zakelijke onderlinge transacties, zodat de resultaten eerst in de belastingheffing worden betrokken op het moment dat de desbetreffende vermogensbestanddelen aan 'derden' worden geleverd en het doorschuiven van vermogensbestanddelen teneinde stille reserves te realiseren zonder directe belastingheffing.

In zijn brochure 'De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969' schrijft Juch:<sup>80</sup> 'Of de 16e standaardvoorwaarde ook geldt voor zo'n overdracht in omgekeerde richting betwijfel ik, mede gezien de daarop betrekking hebbende anti-misbruikbepaling in de 14e standaardvoorwaarde'. De ratio van de veertiende standaardvoorwaarde is echter een geheel andere (zie blz. 100). De transactie zal in vele gevallen niet de bedoeling hebben om de verliescompensatie bij de moedermaatschappij te benutten, doch vervreemding van (een deel van) de onderneming van de dochtermaatschappij of, nog waarschijnlijker, het in de dochtermaatschappij achtergebleven vermogensbestanddeel mogelijk te maken zonder belastingheffing over de bestanddelen, die de moedermaatschappij in haar bezit wil houden.

Terecht wijzen zowel Juch<sup>77</sup> als Van Tuijl<sup>76</sup> op het feit dat de Resolutie van 17 juli 1972, welke betrekking heeft op overdrachten van een zelfstandig onderdeel van een onderneming, uitsluitend spreekt van overdrachten van de moeder naar de dochtermaatschappij. Dat hieruit de conclusie kan worden getrokken, zoals Juch doet, dat de bedoeling van de voorwaarde dus anders is, lijkt mij onjuist. Genoemde resolutie (die in § 5.6.3 zal worden behandeld) heeft slechts betrekking op overdrachten binnen de fiscale eenheid, die buiten de fiscale eenheid met toepassing van art. 14 Wet Vpb. zouden kunnen plaatsvinden. Hiertoe behoren echter uitsluitend overdrachten van de moeder naar de dochtermaatschappij. Deze resolutie maakt wel implicite duidelijk dat overdracht van één of meer zelfstandige onderdelen van een onderneming naar het oordeel van de minister niet een transactie is, die plaatsvindt in het kader van een bij de aard en de omvang van de overnemende vennootschap passende normale bedrijfsuitoefening, daar anders immers de 16e standaardvoorwaarde in het geheel geen toepassing zou vinden.

#### *5.4. De reikwijdte van de 16e standaardvoorwaarde*

De koerswinst, behaald bij verkoop van aandelen van een dochtermaatschap-

pij, die niet langer dan vijf jaren tevoren tot de fiscale eenheid behoorde, valt niet onder de deelnemingsvrijstelling. Het begrip koerswinst dient in casu letterlijk te worden opgevat, in die zin dat koersverlies hieronder niet kan worden begrepen. Alleen aldus opgevat is er overeenstemming met de strekking van de bepaling. Een algebraïsche opvatting van dit begrip zou geen misbruikbestrijding inhouden, doch misbruik kunnen uitlokken. Een ingevolge de deelnemingsvrijstelling niet ten laste van de winst te brengen koersverlies zou immers door het verrichten van een 'besmette' transactie, die de deelnemingsvrijstelling buiten spel zou zetten, alsnog fiscaal aftrekbaar worden.

Deze opvatting, die reeds door de Vakstudie vennootschapsbelasting werd gehuldigd<sup>81</sup>, is door de Hoge Raad bevestigd in het arrest van 9 januari 1980 (BNB 1980/49).

Opgemerkt dient te worden dat artikel 30, lid 2, Wet Vpb. en de 16e standaardvoorwaarde niet de gehele deelnemingsvrijstelling, doch slechts de koerswinst als één der voordelen uit hoofde van de deelneming uitsluit. Buiten toepassing verklaring van de gehele deelnemingsvrijstelling zou, gezien de inhoud van het begrip voordelen genoemd in artikel 13, lid 1, Wet Vpb. wel tot gevolg hebben gehad dat koersverlies aftrekbaar zou worden.

Het beperken van de sanctie tot de koerswinst heeft daarentegen wel tot gevolg dat ontgaan van de bepaling mogelijk wordt, doordat de dochtermaatschappij na splitsing van de fiscale eenheid dividend zal kunnen uitkeren aan de moedermaatschappij (eventueel in de vorm van schuldigerkenning van het dividend) ter grootte van de overgehevelde stille reserve(s).

Koerswinst bij latere vervreemding van de deelneming zal hierdoor in zoverre worden voorkomen, terwijl de moedermaatschappij voor het genoten dividend de deelnemingsvrijstelling kan invoeren. Thans zal echter de 17e standaardvoorwaarde het gebruik van deze omweg naar mijn mening voorkomen.

Gaat in dit opzicht de sanctie van de 16e standaardvoorwaarde wellicht niet ver genoeg, in meerdere opzichten gaat zij duidelijk te ver. Reeds vele schrijvers<sup>82</sup> hebben gewezen op het feit dat de bepaling een dubbele heffing van vennootschapsbelasting in het leven roept, omdat de overdracht van de vermogensbestanddelen tegen de boekwaarde immers betekent dat de fiscale claim op de stille reserve(s) in de dochtermaatschappij aanwezig blijft. Deze claim zal de koper van de aandelen verrekenen in zijn koopsom (zie het op blz. 105 vermelde voorbeeld), hetgeen de koerswinst zal verminderen, zodat niet van integrale dubbele heffing, doch van gedeeltelijke dubbele heffing moet worden gesproken.

Gezien de strekking van de bepaling zou voorts slechts dat deel van de koerswinst, dat is ontstaan door overheveling van vermogensbestanddelen met stille reserves tijdens de fiscale eenheid, moeten worden belast. De 16e standaardvoorwaarde sluit echter de deelnemingsvrijstelling voor de *gehele* koerswinst uit. Terecht wordt deze standaardvoorwaarde in literatuur en spraakgebruik dan ook als een 'overkill' bepaling aangeduid.

Giele en Jongsma<sup>83</sup> wijzen nog op een ander facet van de te ruime werking van de 16e standaardvoorwaarde. Ingeval het opgeofferd bedrag (en derhalve, ingevolge de 11e standaardvoorwaarde, de waarde van de deelneming) op het splitsingstijdstip lager is dan het zuiver vermogen van de dochtermaatschappij



wordt ingevolge de 16e standaardvoorwaarde een groter bedrag belast dan het eventuele misbruik rechtvaardigt.

Naar mijn mening zal dit overkill-aspect optreden in alle gevallen waarin, na verbreking van de fiscale eenheid, geen onderrentabiliteit en/of latenties meer aanwezig zijn, die een drukkende invloed kunnen uitoefenen op de waardering van de deelneming. Alsdan zal de, door de elfde standaardvoorwaarde verplicht voorgeschreven, vermindering van het fiscale vermogen leiden tot een te grote koerswinst tot hetzelfde bedrag.

#### Voorbeeld

Moedermaatschappij BV M koopt deelneming BV D voor f 100 000. Het fiscale vermogen van BV D bedraagt echter f 300 000. Met ingang van het eerstvolgende boekjaar vormen BV M en BV D een fiscale eenheid. Binnen deze fiscale eenheid draagt BV D haar activa en passiva over aan BV M in ruil voor een pand met een boekwaarde van f 50 000, doch een werkelijke waarde van f 100 000. Vervolgens verkoopt BV M haar deelneming BV D aan een derde voor f 90 000 ( $f 100\,000 - 20\%$  belastinglatentie over f 50 000). Naar de ratio van de 16e standaardvoorwaarde bedraagt de te belasten netto stille reserve f 40 000. Door de werking van de elfde standaardvoorwaarde bedraagt de boekwaarde van de deelneming f 150 000 *negatief* ( $f 50\,000$  fiscaal vermogen  $- f 200\,000$  af te boeken waardesprong), zodat f 240 000 ( $f 90\,000$  opbrengst  $+ f 150\,000$  negatieve boekwaarde) per saldo wordt belast.

In spiegelbeeldsituaties zal echter de, in de 11e standaardvoorwaarde voorgeschreven, waardebepaling van de deelneming op het splitsingstijdstip tot een te lage koerswinst of zelfs tot het ontbreken van koerswinst kunnen leiden, zodat de sanctie van de 16e standaardvoorwaarde te weinig of geen effect sorteert. Met name zal dit het geval zijn bij 'besmette' vermogensverschuivingen naar de moeder- door de dochtermaatschappij, waardoor de laatstgenoemde gedeeltelijk wordt leeggehaald.

#### Voorbeeld:

Moedermaatschappij BV M koopt deelneming BV D voor f 800 000. Bij de vaststelling van de koopsom is rekening gehouden met een bedrag aan goodwill ad f 200 000 en een stille reserve in het onroerend goed ad f 300 000, alsmede met een belastinglatentie van 20% over deze bedragen. Het fiscale vermogen van BV D bedraagt derhalve f 400 000, waaronder de boekwaarde van het onroerend goed ad f 350 000.

De commerciële en de fiscale balans luiden dan als volgt:

## STANDAARDVOORWAARDEN

Commerciële balans BV D ( $\times f 1000$ )

Goodwill	200	Latente Vpb.-schuld	100
Onr. goed	650	Reserves	750
Overige activa – passiva	50	Aandelenkapitaal	50
	<u>900</u>		<u>900</u>

Fiscale balans BV D ( $\times f 1000$ )

Onr. goed	350	Vermogen	400
Overige activa – passiva	50		
	<u>400</u>		<u>400</u>

Met ingang van het eerstvolgende boekjaar vormen BV M en BV D een fiscale eenheid, die het jaar daarop reeds wordt verbroken door verkoop van de aandelen aan een gegadigde voor uitsluitend het onroerend goed. Hierop vooruitlopend heeft BV D binnen de fiscale eenheid haar activa en passiva met uitzondering van het onroerend goed aan BV M overgedragen tegen de boekwaarden. Indien zowel de waarde van het onroerend goed als het fiscale vermogen van BV D ongewijzigd zijn gebleven, zal de gegadigde voor het onroerend goed voor de aandelen in de overigens leeggehaalde BV D een bedrag ad f 640 000 (f 400 000 + f 300 000 – f 60 000) betalen.

De commerciële en de fiscale balans luiden dan als volgt:

Commerciële balans BV D ( $\times f 1000$ )

Onr. goed	650	Latente Vpb.-schuld	60
Kas	50	Reserves	590
		Aandelenkapitaal	50
	<u>700</u>		<u>700</u>

Fiscale balans BV D ( $\times f 1000$ )

Onr. goed	350	Vermogen	400
Kas	50		
	<u>400</u>		<u>400</u>

Ingevolge de 11e standaardvoorwaarde bedraagt de waarde van de deelneming op het splitsingstijdstip eveneens f 640 000; f 400 000 (fiscaal vermogen) + f 240 000 (op het splitsingstijdstip nog aanwezig deel van de stille reserves, begrepen in de negatieve vermogenssprong bij voeging ad f 400 000).



Deze materiële realisatie van de stille reserve in het onroerend goed, zonder directe belastingheffing, wordt derhalve in feite niet door een sanctie getroffen.

#### *5.5. De vijfjaars-termijn van de 16e standaardvoorwaarde*

De ratio van de 16e standaardvoorwaarde — het tegengaan van vermogensverschuivingen binnen de fiscale eenheid, gericht op het 'onbelast' doen overgaan van bezittingen aan derden door middel van overdracht van aandelen — impliceert een beperking van de sanctietermijn. De voorwaarde is gericht tegen op korte termijn te realiseren transacties en niet op blote mogelijkheden dat activa met een meerwaarde boven de fiscale boekwaarde ooit aan derden zouden kunnen worden overgedragen.

Al kan deze methode wat onpraktisch lijken, in beginsel zou binnen concernverband elk actief van enig belang reeds aanstonds in een afzonderlijke fiscale eenheid-dochter kunnen worden ondergebracht teneinde onbelaste afstoting van enig actief door verkoop van de aandelen van de betrokken dochtervennootschap te allen tijde mogelijk te maken. Tegen deze mogelijkheid keert de 16e standaardvoorwaarde zich echter niet. Het gaat om afstoting van aandelen van een dochtermaatschappij, nadat verschuiving van vermogensbestanddelen binnen de fiscale eenheid heeft plaatsgevonden. Voor deze situatie stelt de 16e standaardvoorwaarde een sanctietermijn van 5 jaar (10 jaar in het aanvankelijke wetsontwerp).

Naar mijn oordeel ten onrechte is echter het splitsingstijdstip in plaats van het moment van verschuiving als ingangsdatum van deze termijn gekozen. De vereemding van het aandelenbezit na overdracht van de vermogensbestanddelen binnen een bepaalde (korte) termijn doet het vermoeden ontstaan dat misbruik beoogd werd. Bij een termijn die langer is dan vijf jaar wordt dit veel minder aannemelijk. De voorwaarde stelt de termijn echter niet afhankelijk van het moment van de 'besmette' vermogensverschuiving, doch stelt het splitsingstijdstip daarvoor in de plaats. Dusdoende zal overdracht tegen boekwaarde van een (vrij onbelangrijk) vermogensbestanddeel in de veertiger jaren aan een dochtermaatschappij bij verkoop van de aandelen in 1982 de deelnemingsvrijstelling voor behaalde koerswinst uitschakelen, indien de splitsing van de fiscale eenheid plaatsvond in 1978 of later.

Terecht betwijfelt de Vakstudie vennootschapsbelasting<sup>81</sup> met anderen of dit strookt met de strekking van de bepaling. Bovendien komt de bepaling op dit punt in strijd met de ratio van de publikatie van de 'nader te stellen' voorwaarden, zoals de minister deze tijdens de parlementaire behandeling naar voren bracht. Op het onderwerpelijke punt wordt nu juist aan vele belastingplichtigen vooraf geen zekerheid verschaft (zie blz. 48).

In de praktijk is gebleken dat de minister bereid is verzoeken, die zijn ingegeven door de wens zekerheid te verkrijgen over het tijdvak gedurende welke de 16e standaardvoorwaarde van kracht zal zijn en derhalve buiten toepassingverklaring vragen van deze voorwaarde, in welwillende overweging te nemen nadat sedert het moment van een besmette overdracht tenminste zes boekjaren zijn

geëindigd en zich verder binnen de fiscale eenheid geen transacties hebben voorgedaan die in deze voorwaarde worden beoogd. Hierdoor zou in feite overeenstemming ontstaan tussen de sanctietermijnen van de 16e en 17e standaardvoorwaarde op dit punt (zie hierna). Hierbij dringt zich dan wel de vraag op, waarom dit dan niet direct in de nieuwste editie van de standaardvoorwaarden is verwerkt. Het antwoord zal mijns inziens moeten worden gezocht in de koppeling, die de minister tijdens de Kamerbehandeling van artikel 30, lid 2, Wet Vpb. heeft aangebracht tussen dit artikel en de 16e standaardvoorwaarde.<sup>65</sup> Voor de aanpassing van voorwaarde 16 zal dus wellicht een wetswijziging moeten worden afgewacht.

In plaats van door wijziging van artikel 30, lid 2, Wet Vpb. zou deze problematiek naar mijn mening beter door aanpassing van artikel 13 van deze wet geregeld kunnen worden. Dit artikel bevat immers in lid 2 ook een overgangsregeling m.b.t. beleggingsinstellingen. De 16e standaardvoorwaarde zou alsdan overbodig worden.

## *5.6. De Resolutie van 17 juli 1972*

### *5.6.1. De interne reorganisatie*

Een belangrijke inperking van de termijn van de 16e standaardvoorwaarde is aangebracht door de Resolutie van 17 juli 1972 (BNB 1972/191) ingeval de 'besmette' transactie gevormd wordt door een interne reorganisatie.

De interne reorganisatie is het kader waarbinnen het concern uit beleidsoverwegingen overgaat tot herstructurering/hergroepering. Velerlei redenen kunnen het concern gedurende haar bestaan noodzaken tot interne reorganisatie over te gaan. Zo kan in een periode van expansie, met name na een aandelen- of bedrijfsfusie,<sup>84</sup> doch ook vaak na de aankoop van een deelneming of de oprichting van een nieuwe dochtermaatschappij, de noodzaak ontstaan tot hergroepering van ondernemingen en/of bedrijfsmiddelen binnen het concern.

Tijdens het bestaan van het concern zal de oorzaak van een interne reorganisatie enerzijds gelegen kunnen zijn in het feit dat vaak te veel activiteiten van onderling uiteenlopende aard in één lichaam zijn samengebracht, doch anderzijds zal juist een bundeling van activiteiten (bijv. vervoersafdelingen) of van activa van gelijke soort (bijv. onroerende goederen) wenselijk kunnen worden geacht.

Nu de periode van expansie voor veel concerns tot het verleden behoort ligt de nadruk op (en de oorzaak van de interne reorganisatie in) de wens te komen tot innovatie van het concern en afsplitsing van overbodige (gedeelten van) ondernemingen. Bovendien ontstaat, vanuit de visie van de concernleiding, vaak de wenselijkheid om het werkvermogen en het te beleggen (of reeds belegde) vermogen te splitsen, teneinde tot risicospreiding en daarmee tot risicobeperking te komen. Ook kan het streven bestaan de werking van winstdelingsregelingen voor werknemers in te perken.

De interne reorganisatie brengt, zoals vermeld, meestal met zich mee dat activa en passiva, soms zelfs gehele ondernemingen of zelfstandige onderdelen hiervan, worden overgedragen. Daarin zijn meestal stille reserves begrepen. Be-



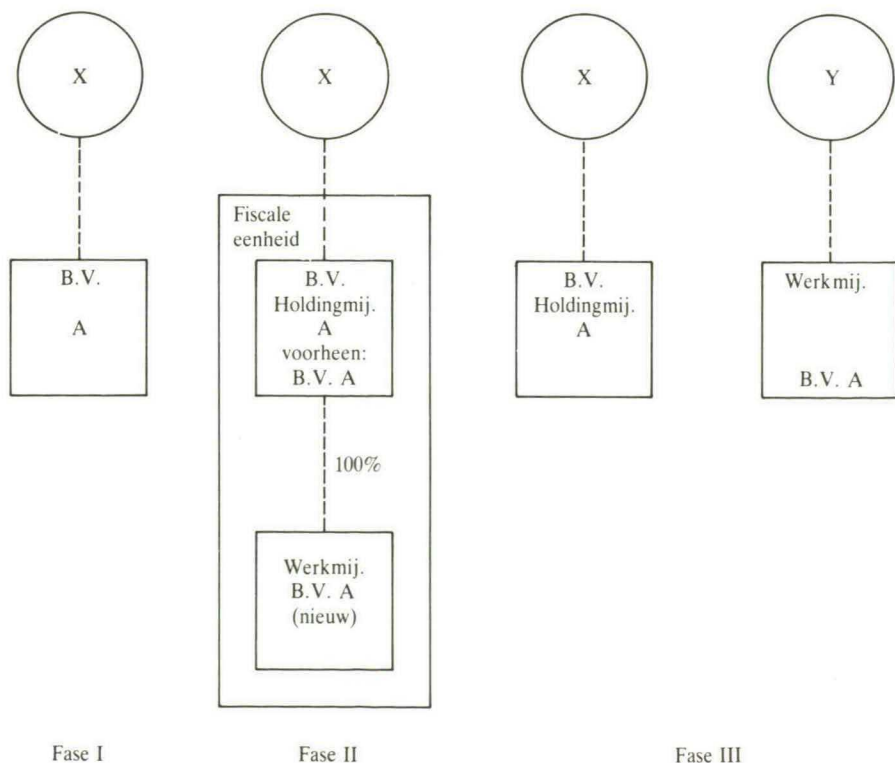
lastingheffing hierover zou prohibitief kunnen werken op de reorganisatie, hetgeen de noodzakelijke ontwikkeling van het concern zou kunnen belemmeren. De wetgever heeft deze problematiek gedeeltelijk onderkend in artikel 14 Wet Vpb. Het tweede lid van dit artikel bevat de navolgende reorganisatiefaciliteit:

‘Vindt de overdracht plaats buiten het kader van een fusie of bestaat er voor beide of voor één van de belastingplichtigen aanspraak op verrekening van verliezen of zijn voor het bepalen van de winst niet dezelfde bepalingen van toepassing, dan kan Onze Minister onder door hem nader te stellen voorwaarden goedkeuren, dat de winst behaald met of bij de overdracht buiten aanmerking blijft.’

Met name in de standaardvoorwaarden vertoont deze faciliteit sterke gelijkenis met de faciliteit van artikel 18 Wet IB, waarin de geruisloze inbreng van de persoonlijke onderneming in een NV of BV is geregeld. De strekking van beide bepalingen – overdracht van een onderneming zonder directe belastingheffing, maar met behoud van de fiscale claim – is dan ook dezelfde.

De fiscale eenheid biedt, zoals vermeld, een alternatieve mogelijkheid voor interne reorganisatie, daar binnen de fiscale eenheid onderlinge verschuivingen tussen concernmaatschappijen immers fiscaal irrelevant zijn.

Een herstructurering zal echter niet altijd het gevolg van een interne reorgani-



satie zijn. Met name bij familie-vennootschappen leidt de wens van de groot-aandeelhouder(s) om, zonder directe belastingheffing, bedrijfsopvolging (beter) mogelijk te maken vaak tot een herstructurering, teneinde een holdingopbouw tot stand te brengen. Hierbij wordt in wezen een splitsing van de werkmaatschappij in een holding en een (of meerdere) werkmaatschappij(en) tot stand gebracht, waarbij eventuele reserves achterblijven in de holdingmaatschappij, zodat de aandelen in de werkmaatschappij(en) gemakkelijk(er) kunnen worden verkocht aan de opvolger.

Hiertoe wordt, per de oprichtingsdatum van de nieuwe dochtermaatschappij, een fiscale eenheid gevormd tussen deze dochtermaatschappij en de moedermaatschappij. Ná de voeging wordt de onderneming in eigenlijke zin aan de dochtermaatschappij overgedragen<sup>85</sup>, waarna in een volgend (in de praktijk soms reeds het eerstvolgende) boekjaar de fiscale eenheid weer wordt verbroken. Eerst vijf jaar na deze splitsing (zie de vorige paragraaf) kan de bedrijfsopvolging plaatsvinden door verkoop van de deelneming in de nieuwe werkmaatschappij aan de opvolger(s).<sup>86</sup>

#### 5.6.2. De keuze tussen artikel 14, lid 2 en artikel 15 Wet Vpb.

Vergeleken met artikel 15 Wet Vpb. kent artikel 14, lid 2, Wet Vpb. de navolgende beperkingen:

- Slechts in gevallen waarbij de reorganisatie bestaat uit de overdracht van de *gehele* onderneming of een zelfstandig onderdeel van de onderneming, derhalve in beginsel met inbreng van *alle* hiertoe behorende vermogensbestanddelen<sup>87</sup>, staat de weg van artikel 14, lid 2 open. Ingeval slechts afzonderlijke bedrijfsmiddelen moeten worden gehergroepeerd, kan dit uitsluitend door middel van de fiscale eenheid geschieden.
- Bij toepassing van artikel 14, lid 2 moet de overdracht plaatsvinden tegen uitreiking van aandelen.<sup>88</sup> Artikel 15 kent deze beperking niet.
- Voor toepassing van artikel 14, lid 2 moet er naar mijn mening sprake zijn van een onderneming in materiële zin.<sup>89</sup>
- De regeling van artikel 14, lid 2 heeft zich, anders dan de fiscale eenheid, niet aan de goedkeuringssfeer onttrokken, zodat afwijzing na materiële toetsing kan plaatsvinden (zie § 5.6.4).
- Ingevolge de 6e standaardvoorwaarde gaan de compensabele verliezen van de overnemende belastingplichtige geheel verloren.<sup>90</sup>
- Het regime van de fiscale eenheid biedt méér dan uitsluitend de mogelijkheid tot reorganisatie te komen. Zo zullen bij een bundeling van activa en/of activiteiten ontstane 'lege' BV's kunnen blijven voortbestaan zonder dat dit consequenties heeft, hetgeen wenselijk kan zijn gezien hun handelsnaam, merken, bruikbaarheid in bijzondere omstandigheden<sup>91</sup>, of omdat bij verwerving, vóórdat de BV werd leeggehaald, dit door de verkoper bedongen is in verband met artikel 31, lid 3, Wet IB ('kasgeld-BV' problematiek<sup>92</sup>).

Anderzijds is de groep van lichamen waarop artikel 14, lid 2, Wet Vpb. betrekking heeft veel ruimer dan NV's en BV's; *elk* lichaam kan overdragen. De groep der overnemende lichamen is slechts beperkt tot: NV's en BV's, andere licha-



men met een in aandelen verdeeld kapitaal, fondsen voor gemene rekening en coöperaties. Evenals artikel 15 Wet Vpb. kent artikel 14 echter de belangrijke beperking dat voor het bepalen van de winst bij beide belastingplichtigen dezelfde bepalingen van toepassing moeten zijn, tenzij met goedkeuring van de minister en onder bijzondere, door hem te stellen, voorwaarden.

Bovendien is de termijn van het vervreemdingsverbod — drie jaar na *overdracht* van de activa en passiva — na toepassing van artikel 14 lid 2<sup>93</sup> aanzienlijk korter dan de termijn van vijf jaar gedurende welke de deelnemingsvrijstelling na *splitsing* van de fiscale eenheid buiten toepassing blijft.<sup>94</sup> Ook Verburg<sup>95</sup> heeft erop gewezen dat, nu de samenhang tussen de verwante, door de artikelen 14 en 15 van de Wet Vpb. bestreken, problemen niet tijdens de parlementaire behandeling van de huidige artikelen 14, lid 2, en 30, lid 2, Wet Vpb. is onderkend, er in wezen sprake is van een wettelijke anomalie.

Deze anomalie leidde er toe dat aanvankelijk het Ministerie van Financiën geconfronteerd werd met een vrij groot aantal verzoeken tot toepassing van artikel 14, lid 2, in die gevallen waarin belastingplichtigen met het oog op mogelijke bedrijfssaneringen er toe overgingen bedrijfsonderdelen in te brengen in aparte BV's, omdat men bij toepassing van artikel 14, lid 2, na 3 jaar de handen reeds zou vrij hebben.

### 5.6.3. *Opheffing van de anomalie tussen artikel 14, lid 2, en artikel 15*

De Resolutie van 17 juli 1972 (BNB 1972/191) beoogt nu achteraf de verschillen weg te nemen in deze zin dat ook bij de fiscale eenheid de deelnemingsvrijstelling slechts drie jaren na *overdracht* van één of meer zelfstandige onderdelen van een onderneming aan een dochtermaatschappij buiten toepassing zal blijven inplaats van vijf jaren na *splitsing* van de fiscale eenheid. Daar de resolutie aan het begrip zelfstandig onderdeel van een onderneming dezelfde betekenis toekent als de overeenkomstige term in artikel 14, lid 1, Wet Vpb. en in dit artikel onderscheid wordt gemaakt tussen de onderneming en een zelfstandig onderdeel van de onderneming, meent Juch<sup>96</sup> dat bij overdracht van de gehele onderneming de resolutie niet van toepassing is.

Naar mijn oordeel is deze interpretatie te eng, daar de overdracht van 'één of meer zelfstandige onderdelen van een onderneming' immers tevens de overdracht van alle onderdelen van een onderneming en dus de gehele onderneming zal kunnen bevatten. De opvatting van Juch is bovendien geheel in strijd met de duidelijke strekking van genoemde resolutie, daar in zijn opvatting de beoogde aansluiting tussen beide anti-misbruik bepalingen niet volledig bereikt zou worden.

De resolutie heeft echter slechts betrekking op de 16e standaardvoorwaarde en geldt dus niet voor artikel 30, lid 2, Wet Vpb. Rijks meent<sup>97</sup> dat de reden voor dit verschil in behandeling gezocht moet worden in het feit dat de uitbreiding van de deelnemingsvrijstelling tot koerswinsten vóór 1 januari 1970 nog niet bestond, zodat men vóór die datum niet de keus had tussen geruisloze overdracht van een zelfstandig onderdeel van de onderneming op de ene dan wel op de andere manier. Zoals ik reeds in § 5.2 vermeldde, bestond in feite deze keuzemogelijkheid echter ook reeds vóór 1970.

#### 5.6.4. Artikel 14, lid 2 steeds als alternatief?

Zoals beschreven in § 5.6.1 wordt de fiscale eenheid veelal gebruikt om bij bedrijfsopvolging de onderneming in eigenlijke zin af te splitsen van de reserves (en eventueel het onroerend goed). Deze afsplitsing in (een) afzonderlijke, nieuw opgerichte, dochtermaatschappij(en) zou eveneens zonder afrekening tot stand kunnen worden gebracht met toepassing van artikel 14, lid 2, Wet Vpb.<sup>98</sup>

De faciliteit van artikel 14 Wet Vpb. is echter, naar doel en strekking beschouwd, bedoeld om economisch wenselijke fusies en reorganisaties niet in de weg te staan. De opmerking van Bartel<sup>99</sup> dat de faciliteit, indien geen economisch motief voor de overdracht kan worden aangegeven, niet wordt toegestaan zal inhouden dat de minister het regime van artikel 14, lid 2, eerst na materiële toetsing verleent. Slechts ingeval de oorzaak van de herstructurering vanuit de onderneming zelf opkomt, zoals bij de in § 5.6.1 genoemde gevallen, zal mijns inziens de faciliteit toepassing kunnen vinden.

Bij holding-constructies, waarbij het oogmerk van de herstructurering primair gelegen is in het ontgaan van de (a.b.) belastingheffing, zou naar mijn mening genoemde materiële toetsing kunnen leiden tot weigering van de faciliteit, al zal dit in dit praktijk niet spoedig gebeuren.

Mocht de 'zwaarte' van de aandelen (tevens) worden veroorzaakt door stille reserves in het bedrijfsgebonden onroerend goed, dan zal ook het vereiste dat voor toepassing van artikel 14, lid 2, Wet Vpb. de gehele onderneming (dus inclusief het bedrijfsgebonden onroerend goed) moet worden overgedragen problemen kunnen scheppen.

Ik denk hierbij aan de situatie, waarin men het onroerend goed wil behouden, of het geval, waarbij men het onroerend goed in een afzonderlijke tussenholding wil onderbrengen, die het onroerend goed gaat verhuren aan de werkmaatschappij (de zogenaamde drietrapsraket-constructie). Overdracht van de gehele onderneming (inclusief het bedrijfsgebonden onroerend goed) aan de tussenholding, gevolgd door overdracht van de onderneming zonder het bedrijfsgebonden onroerend goed door de tussenholding aan een dochtervennootschap zal leiden tot weigering van het verzoek om artikel 14, lid 2, Wet Vpb. toe te passen. De overdracht van het bedrijfsvermogen aan de tussenholding kan immers niet worden beschouwd als een overdracht van een gehele onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan, daar door de tweede overdracht in feite slechts het onroerend goed aan de tussenholding is overgedragen.<sup>100</sup> Indien de ondernemingsoverdracht van de tussenholding aan de dochtermaatschappij binnen de fiscale eenheid geschiedt, zal naar mijn mening de faciliteit niet met deze motivering kunnen worden geweigerd, daar deze overdracht alsdan voor de vennootschapsbelasting irrelevant is.

Bij het tot stand brengen van een holding-structuur door middel van de fiscale eenheid tracht men in de praktijk de vijfjaars-termijn na splitsing terug te brengen tot drie jaar na overdracht door toepassing te vragen van de Resolutie van 17 juli 1972. Hoewel dit verzoek vaak gehonoreerd wordt, geschiedt dit naar mijn mening ten onrechte in die gevallen, waarin van interne reorganisatie geen sprake is, omdat de oorzaak van de herstructurering, niet primair vanuit



de onderneming zelf opkomt. Naar mijn opvatting beoogt de resolutie slechts de verschillen in sanctiebepalingen bij toepassing van de verschillende regimes weg te nemen, indien de doelstelling en de wijze waarop die verwezenlijkt wordt in feite gelijk is.

#### 5.6.5. *Hernieuwde belangstelling voor artikel 14, lid 2, Wet Vpb.*

In de praktijk is een hernieuwde belangstelling voor artikel 14, lid 2, Wet Vpb. te constateren. Een verklaring hiervoor zal naar mijn mening wellicht kunnen worden gevonden in het feit, dat de standaardvoorwaarden voor toepassing van artikel 14, lid 2, Wet Vpb. geen bepaling kennen die overeenkomt met de 17e standaardvoorwaarde<sup>101</sup> en het feit dat de Resolutie van 17 juli 1972 tot op heden nog steeds niet aan de situatie, ontstaan na invoering van deze bepaling, is aangepast. Daarnaast zou artikel 14, lid 2, Wet Vpb. benut kunnen worden om de 16e standaardvoorwaarde van artikel 15 Wet Vpb. te ontgaan.

Voorbeeld:

Moedermaatschappij BV M wil de aandelen van haar gevoegde dochtermaatschappij BV D binnen de termijn van de 16e standaardvoorwaarde verkopen zonder dat de sanctie van deze voorwaarde in werking treedt. Daartoe richt zij de nieuwe dochtermaatschappij BV X op, waaraan zij haar gehele onderneming (dus inclusief de deelneming als activum) met toepassing van artikel 14, lid 2, Wet Vpb. geruisloos overdraagt, hetgeen splitsing van de fiscale eenheid M/D per het begin van dat jaar inhoudt. Formeel gezien is de 16e standaardvoorwaarde wellicht van toepassing, echter artikel 14, lid 2, Wet Vpb. verhindert dat koerswinst ontstaat. BV X zou alsdan de aandelen BV D zonder sanctie kunnen verkopen, daar de 16e standaardvoorwaarde (van artikel 15) niet voor haar geldt en het vervreemdingsverbod gedurende 3 jaar ingevolge de 9e standaardvoorwaarde (van artikel 14, lid 2) slechts betrekking heeft op de aandelen BV X in handen van BV M.

Uiteraard heeft deze constructie geen kans van slagen, indien de minister — de mogelijkheid van oneigenlijk gebruik van artikel 14, lid 2 beseffend — in dit geval de toepassing van dit artikel zou weigeren of aan zodanige voorwaarden zou verbinden dat de geschetste toepassing niet mogelijk zal zijn.

#### *Standaardvoorwaarde 17:*

Indien de samenstelling van het vermogen van de dochtermaatschappij is gewijzigd tengevolge van transacties binnen de fiscale eenheid en aannemelijk is dat een bedrag ter grootte van de tegenwaarde van de stille reserves, inclusief goodwill, die onmiddellijk na de laatste transactie in de dochtermaatschappij aanwezig zijn, dan wel een bedrag ter grootte van een deel daarvan, anders dan door verkoop van de aandelen in de dochtermaatschappij ten goede is gekomen aan de moedermaatschappij en/of de naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid die met haar verenigd is of is geweest, voordat sindsdien zes boekjaren zijn geëindigd, worden bij het einde van het boekjaar dat onmiddellijk aan het splitsingstijdstip voorafgaat de activa en passiva van de dochtermaatschappij (alsnog) gesteld op de waarde in het economisch verkeer. Het bepaalde in de vorige volzin vindt geen toepassing indien de daarbedoelde transacties uitsluitend plaatsvonden in het kader van een bij de aard en omvang van de dochtermaatschappij passende normale bedrijfsuitoefening.

## 5.7. De effectiviteit van de 16e standaardvoorwaarde

De dam, welke in de vorm van de 16e standaardvoorwaarde was opgeworpen tegen het misbruik van de fiscale eenheid bleek in de praktijk geen onoverkomelijke hindernis te vormen. Vrijwel hetzelfde resultaat (materiële realisatie van stille reserves zonder *directe* belastingheffing) kan worden bereikt door de overdracht van het vermogensbestanddeel met de (belangrijke) stille reserve aan de, overigens lege, dochtermaatschappij niet te doen plaatsvinden tegen betaling of schuldigerkenning van de fiscale boekwaarde van het vermogensbestanddeel, doch tegen schuldigerkenning voor de werkelijke waarde, met inachtneming van een bedrag aan latente vennootschapsbelasting. Na afloop van het boekjaar kan het belang bij het desbetreffende vermogensbestanddeel feitelijk worden overgedragen, niet door verkoop van de aandelen, doch door een zodanige emissie bij derden (de gegadigden) te plaatsen, dat deze verzekerd zijn van de volledige zeggenschap in de bewuste BV. Het nieuw verworven kapitaal kan worden benut om de schuld aan de oude moedermaatschappij af te lossen. De resterende deelneming kan dan – na verloop van 5 jaar na het splitsingstijdstip – aan de nieuwe aandeelhouders worden verkocht.

Voorbeeld I:

Moedermaatschappij BV M draagt binnen fiscale eenheid een pand (met een boekwaarde van 200) tegen de werkelijke waarde ad 800 over aan dochtermaatschappij BV D.

Vóór deze transactie luidde de (commerciële) balans van BV D:

Kas	50	Aandelenkapitaal	50
-----	----	------------------	----

Na de transactie luidt deze balans als volgt:

Pand	800	Aandelenkapitaal	50
		Latente Vpb.	120
		Schuld BV M	630
	<hr/> 800		<hr/> 800

BV D blijft dus de koopsom onder aftrek van 20% latente vennootschapsbelasting (bij ontvoeging moet zij immers de boekwaarde van de combinatie aanhouden) schuldig aan BV M. In het volgende boekjaar emitteert BV D aandelen tot een nominaal bedrag gelijk aan haar schuld bij BV M. Deze aandelen worden bij de gegadigden voor het pand geplaatst, hetgeen per het begin van dat boekjaar verbreking van de fiscale eenheid ten gevolge heeft. Onmiddellijk vóór dit tijdstip luidt de fiscale balans van BV D als volgt:



Pand	200	Schuld BV M	630
		Vermogen	*/. 430
	—		—
	200		200

terwijl na de emissie van nom. 630 nieuwe aandelen — te plaatsen bij de gegadigden voor het pand — de commerciële balans van BV D als volgt luidt:

Pand	800	Aandelenkapitaal	680
Kas	630	Schuld BV M	630
		Latente Vpb.	120
	—		—
	1430		1430

Bij BV M staat (ingevolge de 11e standaardvoorwaarde) op het splitsingstijdstip de deelneming te boek voor \*/. 430. Verkoop van de deelneming voor 50 zou dus 480 winst opleveren, die krachtens de 16e standaardvoorwaarde niet onder artikel 13 Wet Vpb. valt. Men moet dus 5 jaar wachten. Met het nieuw verworven kapitaal wordt echter de schuld aan BV M afgelost, die op deze wijze de stille reserve in het pand feitelijk realiseert zonder *directe* belastingheffing (wel onder aftrek van de *latente* belasting). Zoals reeds eerder vermeld werd deze constructie ook wel toegepast door — na overdracht tegen de fiscale boekwaarde — het actief commercieel te herwaardenen en het verschil als dividend aan de moedermaatschappij schuldig te verklaren. In feite dezelfde constructie als hiervóór uiteengezet met dit verschil dat de schuld aan de moedermaatschappij op een andere wijze tot stand komt.

#### 5.8. De 17e standaardvoorwaarde ter aanvulling van de 16e standaardvoorwaarde

De minister heeft vorenbedoeld 'gat' (en soortgelijke 'gaten') in de dam van de 16e standaardvoorwaarde willen dichten met het bepaalde in de 17e standaardvoorwaarde. Deze voorwaarde eist een opwaardering van de activa en passiva van de dochtermaatschappij tot de waarde in het economisch verkeer in het jaar voorafgaande aan het splitsingstijdstip, tenzij aannemelijk is dat, in de zes boekjaren sedert de (laatste) 'besmette' transactie<sup>102</sup>, *niet* (een deel van) de tegenwaarde van de stille reserves inclusief goodwill, anders dan door verkoop van aandelen, aan de moedermaatschappij 'ten goede is gekomen'.

In tegenstelling tot de 16e standaardvoorwaarde bevat de 17e standaardvoorwaarde een aanduiding van het te bestrijden misbruik: 'dat een bedrag ter grootte van de tegenwaarde van de stille reserves, inclusief goodwill, . . . anders dan door verkoop van de aandelen in de dochtermaatschappij ten goede is gekomen aan de moedermaatschappij'. Uit deze zinsnede en tevens uit de Resolu-

tie van 27 februari 1976, waarbij de nieuwe voorwaarde werd ingevoerd, alsmede uit de antwoorden op de vragen gesteld door het Kamerlid Notenboom op 2 juni 1978<sup>103</sup>, blijkt, dat de 17e standaardvoorwaarde als een aanvulling op de 16e standaardvoorwaarde moet worden beschouwd. Hetgeen betekent dat overeenkomstige termen op gelijke wijze zullen moeten worden geïnterpreteerd. Dit zal zonder meer gelden voor de 'besmette' transacties, waarvan de (te) ruime en vage omschrijving vrijwel gelijk is aan de 16e standaardvoorwaarde, zodat het in § 5.3 gestelde hier eveneens van toepassing is. Door toevoeging van het woord 'uitsluitend' is naar mijn mening zelfs een verscherping van de toch al (te) ruime werking van de bepaling op dit punt tot stand gebracht.

In dit verband deel ik de opvatting van Verburg<sup>104</sup>, dat van de introductie van het item 'aannemelijk' in de tekst een weinig gelukkige vermenging van bewijsrechtelijke en materieelrechtelijke elementen te duchten is. Deze ontwikkeling bevreemdt mij, temeer daar juist zou mogen worden verwacht dat, na de ervaringen met de 16e standaardvoorwaarde, de 17e standaardvoorwaarde een duidelijker redactie zou bezitten. Het streven om *elke* vorm van misbruik uit te bannen heeft echter geleid tot een zo vage en in algemene bewoordingen geredigeerde bepaling, dat de reikwijdte van deze standaardvoorwaarde bij het aangaan van de fiscale eenheid niet kan worden overzien. Dit geldt niet slechts voor de aard van de 'besmette' transacties en de termijn gedurende welke de dreiging van de sanctie aanwezig blijft (zie de volgende paragraaf), doch vooral voor de wijze waarop de realisatie verondersteld wordt te hebben plaatsgevonden. Hoewel niet kan worden gesteld dat het begrip 'ten goede komen aan' in het fiscale recht<sup>105</sup>, geheel onbekend was — deze term werd eveneens in het vijfde lid van artikel 20 Wet Vpb. gebezigd — bestaat veel onduidelijkheid omtrent de interpretatie van dit begrip. De minister heeft gemeend dat de nadere begrenzing aan de rechter moet worden overgelaten.<sup>106</sup> Deze opvatting moet worden afgekeurd, omdat deze benadering volstrekt in strijd komt met de ratio van de 'nader te stellen voorwaarden', die de belastingplichtigen juist vooraf *zekerheid* zouden verschaffen. Dit klemmt temeer daar de minister bekend moet zijn met het feit dat rechterlijke toetsing van de (standaard)voorwaarden vrijwel<sup>107</sup>, niet haalbaar is, daar dit eerst mogelijk is in een procedure over de aanslag, waarop de voorwaarden van invloed zijn geweest. Meestal zijn de belangen te groot om daarover een procedure te voeren.<sup>108</sup> Bijgevolg zal in feite de administratie deze te ruime voorwaarden nader begrenzen. Naar mijn mening toont het voorgaande de dringende noodzaak van een wettelijke regeling van deze problematiek duidelijk aan.

Bij de interpretatie van het begrip 'ten goede komen' zal rekening moeten worden gehouden met het feit dat hiermede wordt beoogd *alle* (ook de niet voorzienbare) manipulaties te bestrijden. Ten departemente wordt de opvatting gehuldigd<sup>109</sup>, dat iedere vermogensverschuiving van de dochter- naar de moedermaatschappij, die (al dan niet gedurende de fiscale eenheid) plaatsvindt vóórdat ná de 'besmette' transactie zes boekjaren afgesloten zijn, in principe een vorm kan zijn waarin de tegenwaarde van stille reserves van de dochter- aan de moedermaatschappij ten goede kunnen komen. Zo vermeldt Juch<sup>110</sup>, dat het Ministerie van Financiën hieronder niet alleen verstaat de betaling van de koop-



som door de dochtermaatschappij. Volgens het Departement kan de voorwaarde in werking treden als de overdracht aan de dochtermaatschappij mede omvat schulden, welke de moedermaatschappij is aangegaan op onderpand van de overgedragen activa, indien tussen het aangaan van de schulden en het overdragen van de desbetreffende activa een zodanige samenhang bestaat, dat de moedermaatschappij in feite over de in de activa begrepen stille reserves heeft beschikt. Hieruit volgt dat naast schuldaflossing ook schuldovername door de dochtermaatschappij kan inhouden dat de tegenwaarde van de (verschoven) stille reserves aan de moedermaatschappij ten goede zijn gekomen. Een andere wijze waarop dit kan geschieden wordt gevormd door verrekening van de vordering (ontstaan door de 'besmette' transactie) met een lening, die de dochtermaatschappij reeds tevoren aan de moedermaatschappij had verstrekt. Ook een uitkering van agio (in contanten) kan een vorm zijn waarin de stille reserves aan de moedermaatschappij ten goede komen.

#### Voorbeeld II:

Moedermaatschappij BV M stort het nominaal aandelenkapitaal van dochtermaatschappij BV D ad 50 vol door overdracht van een pand met een boekwaarde van 300 en een werkelijke waarde van 700. De commerciële balans van BV D luidt dan als volgt:

Pand	700	Aandelenkapitaal	50
		Agio	570
		Latente Vpb.	80
	<u>700</u>		<u>700</u>

(Gedeeltelijke) uitkering van dit agio (in contanten afkomstig uit een emissie van nieuwe aandelen bij derden) binnen zes jaar na overdracht van het pand zal de sanctie van de 17e standaardvoorwaarde in werking doen treden.

Verseput<sup>111</sup>, vermeldt bovendien de volgende situaties:

- verkoop van de vordering;
- belening van de vordering;
- het betalen van een hogere rente over de vordering dan de marktrente;
- het betalen van een hoger dividend op de aandelen dan door de winst wordt gerechtvaardigd.

#### 5.9. Realisatie binnen de fiscale eenheid?

Uit het aanvullend karakter van de 17e standaardvoorwaarde vloeit voort dat deze voorwaarde de bestrijding vormt van *alle* overige verschijningsvormen, waarin het misbruik – materiële realisatie van stille reserves zonder directe belastingheffing – zich zou kunnen manifesteren. De vraag of de moedermaat-

schappij erin is geslaagd *op een bepaalde wijze* stille reserves zonder directe belastingheffing te realiseren zal echter eerst dan beantwoord moeten worden als vaststaat dat van *realisatie* sprake is. Zoals reeds hiervóór is vermeld wordt ten departemente de opvatting gehuldigd dat reeds van 'ten goede komen aan de moedermaatschappij' moet worden gesproken bij het ter beschikking komen van het vermogen dat was gebonden in de activa en passiva van de dochtermaatschappij en dat hiervan reeds sprake kan zijn gedurende de fiscale eenheid. Naar mijn mening is deze 'commerciële' denkwijze onjuist daar — in strijd met het fusiekarakter van de fiscale eenheid — belang wordt gehecht aan intercompany transacties, die fiscaalrechtelijk niet hebben plaatsgevonden — immers geacht worden uitsluitend de moedermaatschappij te betreffen — zodat van misbruik (nog) geen sprake kan zijn. Van realisatie is slechts sprake indien (in)direct van *derden* de tegenprestatie voor de betreffende stille reserve(s) (in welke vorm dan ook) wordt of reeds is genoten. Transacties, die uitsluitend binnen de fiscale eenheid een verschuiving van vermogensbestanddelen veroorzaken, zullen (nog) geen realisatie kunnen inhouden, ongeacht het feit dat commercieel door de dochtermaatschappij, hetzij uit eigen middelen (kasgeld, kwijtschelding vordering etc.), hetzij uit geleende gelden (schuldovername, hypothecaire lening etc.) wordt afgerekend. Deze opvatting vindt, naar ik meen, steun in de toelichting van de minister op de 17e standaardvoorwaarde (Resolutie van 27 februari 1976, BNB 1976/119) waarin gesproken wordt van materiële realisatie van stille reserves door de moedermaatschappij door middel van incassering van haar vordering afgelost met middelen verkregen van *derden*, wanneer die laatsten in feite de zeggenschap in de dochtermaatschappij hebben verworven, zonder dat de moedermaatschappij voor die realisatie in de belastingheffing wordt betrokken. De zinsnede 'Teneinde deze en andere daarmee vergelijkbare constructies tegen te gaan' heeft naar mijn mening uitsluitend betrekking op de diverse vormen, waarin de feitelijke realisatie kan plaatsvinden, doch niet op het wezenlijke karakter daarvan. Het feit dat op het splittingstijdstip blijkt dat gedurende de fiscale eenheid een civielrechtelijke vordering/schuldverhouding is ontstaan als gevolg van een 'besmette' transactie of om andere redenen, kan mijns inziens de bepaling niet in werking doen treden, daar zoals gezegd van (verkapte) realisatie fiscaal (nog) geen sprake kan zijn geweest, omdat geen vermogensstijging is opgetreden, doch slechts een verschuiving in de vermogensbestanddelen van de moedermaatschappij heeft plaatsgevonden.

### Voorbeeld III:

BV M verkoopt een pand met een werkelijke waarde van 700 en een boekwaarde van 300 voor 620 (700 — 20% latente Vpb.) aan haar gevoegde dochtermaatschappij BV D, die de koopsom schuldig blijft. Vóór de transactie en de voeging gaven de afzonderlijke fiscale balansen van de BV's het volgende beeld:



# ANTI-MISBRUIK BEPALINGEN

## BV M

Pand	300	Vermogen	350
Deelneming BV D	50		
	<hr/> 350		<hr/> 350

## BV D

Kas	50	Vermogen (= geplaatst kap.)	50
-----	----	-----------------------------	----

Na de transactie en de ontvoeging van de fiscale eenheid luiden de fiscale balansen:

## BV M

Vordering BV D	620	Vermogen	350
Deelneming BV D	270		
	<hr/> 350		<hr/> 350

## BV D

Pand	300	Schuld BV M	620
Kas	50	Vermogen	270
	<hr/> 350		<hr/> 350

De commerciële balans van BV D luidt:

Pand	700	Schuld BV M	620
Kas	50	Latente Vpb.	80
		Aandelenkapitaal	50
	<hr/> 750		<hr/> 750

De realisatie zal dus eerst een feit zijn indien derden bereid zijn te emiteren aandelen in de dochtermaatschappij ter waarde van 620 te kopen én de schuld aan BV M met het op de aandelen gestorte bedrag wordt afgelost. Duidelijk is dat vervolgens de deelneming met toepassing van artikel 13, Wet Vpb. (echter eerst na 5 jaar!) aan de nieuwe aandeelhouders kan worden verkocht.

Fiscale balans BV D na emissie en aflossing:

Pand	300	Vermogen	350
Kas	50		
	<hr/> 350		<hr/> 350

## STANDAARDVOORWAARDEN

## Commerciële balans BV D na emissie en aflossing:

Pand	700	Latente Vpb.	80
Kas	50	Aandelenkapitaal	670
	<hr/> 750		<hr/> 750

Ook in het geval dat de dochtermaatschappij reeds tijdens de fiscale eenheid (direct) haar schuld aflost, bijvoorbeeld door op het pand een hypothecaire lening op te nemen, zal naar mijn mening fiscaal (nog) geen sprake zijn van (verkapte) realisatie van stille reserves door de moedermaatschappij, daar eveneens slechts een vermogensverschuiving en geen vermogensstijging optreedt.

## Voorbeeld IV:

In het vorige beeld sluit BV D na overdracht van het pand een hypothecaire lening ad 620 af, waarmee zij direct haar schuld aan BV M aflost. Na ontvoeging van de fiscale eenheid luiden alsdan de fiscale balansen:

## BV M

Kas	620	Vermogen	350
Deelneming BV D	%. 270		
	<hr/> 350		<hr/> 350

## BV D

Pand	300	Hypothecaire lening	620
Kas	50	Vermogen	%. 270
	<hr/> 350		<hr/> 350

Als deze handelingen echter binnen 6 jaar gevolgd worden door een zodanige emissie dat *derden* in feite het belang en de zeggenschap in BV D (vrijwel geheel) verwerven, wordt het constructiekarakter van de handelingen duidelijk en zal naar mijn mening de 17e standaardvoorwaarde van toepassing zijn, omdat alsdan (materieel gezien) de 100% deelneming BV D (vrijwel geheel) is gerealiseerd. Dit zal dan één van de door Verseput bedoelde<sup>112</sup>, gevallen zijn, waarin de heffing op grond van de 17e standaardvoorwaarde eerst bij navordering kan plaatsvinden. Hiertoe is naar ik meen ook te rekenen het door Verburg<sup>113</sup>, genoemde geval, waarbij een moedermaatschappij de tegenwaarde van de stille reserves, die naar de dochtermaatschappij zijn overgeheveld, na splitsing op verzoek, geniet in de vorm van dividend. Als binnen de in de 17e standaardvoorwaarde genoemde periode de 'besmette' transactie en de dividenduitkering door de dochtermaatschappij gevolgd wordt door aandelenverkoop (hierop



doelt waarschijnlijk Verburg) of emissie, moet naar mijn mening worden aangenomen dat de dividenduitkeringen in wezen een vooruitbetaling vormden op de te ontvangen geldmiddelen van de gegadigde voor de dochtermaatschappij en zal de bepaling van toepassing zijn.

#### 5.10. De termijn bedoeld in de 17e standaardvoorwaarde

De Vakstudie vennootschapsbelasting<sup>106</sup>, meent dat de termijn gedurende welke de sanctie van de 17e standaardvoorwaarde in werking kan treden in feite onbepaald is. De termijn, waarbinnen de tegenwaarde van de stille reserves (incl. goodwill) niet ten goede mag komen aan de moedermaatschappij c.s., eindigt haars inziens weliswaar vijf (boek)jaren ná het (boek)jaar waarin de laatste potentiële 'besmette' transactie binnen de fiscale eenheid heeft plaatsgevonden, doch de sanctie treedt eerst in werking bij afsplitsing van de dochtermaatschappij. Het splitsingstijdstip kan echter haars inziens vele jaren na afloop van bovenstaande periode liggen, zodat ook deze voorwaarde, evenals de 16e standaardvoorwaarde, lang nadat de transactie — waaraan juist door het tijdsverloopt het constructie karakter zal ontbreken — tot stand is gekomen, nog fiscale gevolgen zou kunnen oproepen, hetgeen zij terecht strijdig acht met de strekking van de bepaling. Deze opvatting is echter naar mijn mening slechts een (logisch) gevolg van de mening ten departemente, dat ook gedurende de fiscale eenheid de tegenwaarde van de stille reserves aan de moedermaatschappij c.s. 'ten goede' kan komen. Zoals in het vorige onderdeel uiteengezet is deze opvatting onjuist, omdat slechts van materiële realisatie (in welke vorm dan ook) sprake kan zijn als een *derde* het belang en de zeggenschap in de dochtermaatschappij verwerft en daarvoor (al dan niet vooruitbetaald) een (verkapte) tegenprestatie zal leveren, zodat een vermogensstijging optreedt.

De splitsing van de fiscale eenheid — als gevolg van het feit dat niet langer aan het 'bezits'vereiste wordt voldaan, omdat de economische eigendom niet meer (volledig) bij de moedermaatschappij zal berusten<sup>114</sup> —, zal derhalve niet geruime tijd *ná*, doch voorafgaand aan, of per 1 januari van, het (boek)jaar, waarin aan de moedermaatschappij de tegenwaarde van de stille reserves ten goede komt, plaats vinden. Bijgevolg zal in mijn opvatting de door de Vakstudie vennootschapsbelasting geconstateerde inbreuk op de strekking van de bepaling zich niet kunnen voordoen. De termijn, genoemd in de 17e standaardvoorwaarde, is niet aan een concrete 'besmette' transactie verbonden, doch geldt voor de *laatste* transactie. De sanctie heeft evenmin betrekking op een concrete transactie, doch geldt voor *alle* stille reserves (incl. goodwill) (zie § 5.11). Het gevolg hiervan is dat, ondanks het verstrijken van zes boekjaren na een besmette transactie de stille reserves toch in de heffing zullen worden betrokken als (wellicht geruime tijd) later opnieuw een 'besmette' transactie plaatsvindt, die wel binnen 6 boekjaren wordt gerealiseerd in de zin van de 17e standaardvoorwaarde.

Indien in de loop van het vijfde boekjaar, ná het boekjaar waarin de 'besmette' transactie heeft plaatsgevonden, aan de moedermaatschappij de tegenwaar-

de van de stille reserve(s) ten goede komt, kan in de praktijk een probleem ontstaan wanneer de fiscale eenheid reeds m.i.v. het boekjaar volgende op het laatstgenoemde boekjaar is ontvoegd. De navorderingsaanslag, betrekking hebbend op het laatste jaar van de fiscale eenheid, zal immers in de loop van het vijfde boekjaar moeten worden opgelegd i.v.m. de navorderingstermijn gesteld in artikel 16, lid 3, AWR. In de praktijk zal de inspecteur normaliter eerst bij de definitieve aanslagregeling over dit vijfde jaar (dus in het zesde of de daaropvolgende jaren) kennis nemen van de realisatie, zodat geen navorderingsaanslag meer kan worden opgelegd.

### *5.11. De reikwijdte van de 17e standaardvoorwaarde*

De hiervóór behandelde problematiek met betrekking tot de aard van de 'besmette' transacties, de termijn gedurende welke de sanctie van kracht blijft (althans naar de opvatting van de Vakstudie Vpb.) en de wijze waarop de realisatie kan plaatsvinden, leidt naar mijn mening tot de conclusie dat de reikwijdte van de 17e standaardvoorwaarde in feite onbegrensd is. Daarnaast wordt deze reikwijdte nog door de navolgende aspecten bepaald.

De in de 17e standaardvoorwaarde bedoelde sanctie omvat alle stille reserves van de dochtermaatschappij en dus niet slechts de reserves die ten gevolge van 'recente' (binnen 6 boekjaren plaatsgevonden hebbende) 'besmette' transacties verschoven zijn. Ook in dit opzicht draagt deze standaardvoorwaarde een overkillkarakter, vergelijkbaar met de 16e standaardvoorwaarde. Rijks<sup>115</sup> heeft in dit verband opgemerkt dat begrip kan worden opgebracht voor het feit dat de sanctie reeds volledig in werking treedt als slechts een deel van deze reserves wordt gerealiseerd, omdat moet worden aangenomen dat realisatie van de rest zonder twijfel verzekerd is, daar het (vrijwel) volledige belang in de dochtermaatschappij overgedragen wordt en de moedermaatschappij de rest van de stille reserves niet aan de koper cadeau zal doen. Zou de moedermaatschappij de verschoven vermogensbestanddelen op het splitsingstijdstip rechtstreeks aan de derde hebben verkocht, dan zou de aangroei van de stille reserves tussen het moment van de besmette transactie en het splitsingstijdstip, evenals thans bij de 17e standaardvoorwaarde geschiedt, in de belastingheffing zijn betrokken, zodat ik met Rijks van mening ben dat in dit opzicht de bepaling niet onredelijk werkt. Bartel<sup>75</sup> bekritiseert deze beide laatste facetten van de bepaling. Hij vestigt de aandacht op het feit dat in één opzicht de minister wel geslaagd is in het verwerken van de kritiek, die op de 16e standaardvoorwaarde is uitgeoefend. Dubbele heffing kan bij de 17e standaardvoorwaarde niet meer plaatsvinden, omdat de voormalige dochtermaatschappij haar vermogensbestanddelen thans voor de werkelijke waarde teboek moet stellen. Hierdoor vervalt de vennootschapsbelastinglatentie.

Cumulatie van de sanctie van de 16e en 17e standaardvoorwaarde lijkt mogelijk, indien, na toepassing van de 17e standaardvoorwaarde per het splitsingstijdstip, de deelneming binnen vijf jaar wordt vervreemd. Een dubbele sanctie zal echter normaliter niet ontstaan, daar de boekwaarde van de deelne-



ming gesteld moet worden op (het evenredig deel van) het zuiver vermogen van de dochtermaatschappij (11e standaardvoorwaarde), waarin door toedoen van de 17e standaardvoorwaarde geen stille reserves (inclusief goodwill) voorkomen. Koerswinst zal wel ontstaan bij aanwas van de stille reserves ná het splitsingstijdstip, welke niet door de sanctie van de 17e standaardvoorwaarde zijn getroffen. Overigens zou naar mijn mening toepassing van de 16e standaardvoorwaarde in dit geval achterwege moeten blijven, juist omdat de koerswinst niet beïnvloed kan zijn door tijdens de fiscale eenheid verschoven stille reserves.

### 5.12. Alternatieven

Juch<sup>116</sup> heeft op de Belastingcousulentendag 1977 een alternatieve anti-misbruikbepaling ter vervanging van zowel de 16e- als de 17e standaardvoorwaarde voorgesteld. Zijn alternatief houdt in, dat alsnog vennootschapsbelasting wordt geheven over de door de moedermaatschappij naar de dochtermaatschappij doorgeschoven stille reserves en goodwill indien en voor zover:

- a. deze transacties plaatsvonden binnen drie jaar vóór het splitsingstijdstip en
- b. deze transacties niet plaatsvonden in het kader van een overdracht van een of meer zelfstandige onderdelen van een onderneming respectievelijk overdracht van een gehele onderneming (fusie, interne reorganisatie), dan wel
- c. deze transacties niet plaatsvonden binnen de normale bedrijfsuitoefening van de in de fiscale eenheid opgenomen maatschappijen.

De termijn van drie jaar waarbinnen de besmette transacties (die overigens wel duidelijker begrensd zijn), bij splitsing van de fiscale eenheid, alsnog kunnen leiden tot heffing van vennootschapsbelasting (doch terecht uitsluitend over de doorgeschoven stille reserves), is naar mijn oordeel te kort om misbruik te voorkomen. De ratio van de anti-misbruikbepalingen impliceert, zoals op blz. 115 uiteengezet, weliswaar een beperkte *sanctietermijn*, doch van zodanige duur dat niet meer van verkapte realisatie kan worden gesproken. Mede gezien het feit dat in de praktijk op de huidige termijn in sommige gevallen wordt 'ingespeeld', acht ik onvoldoende redenen aanwezig om de termijn, genoemd in de huidige 17e standaardvoorwaarde, in te korten.

Deze termijn zou in een integrale wettelijke regeling van de fiscale eenheid eveneens als *minimumtermijn* moeten gelden. Alsdan is immers minder aanneemelijk dat de fiscale eenheid tussen de desbetreffende vennootschappen is aangegaan met het oogmerk om tot verkapte realisatie van stille reserves te komen. Het stellen van een dergelijke minimumtermijn in artikel 15 Wet Vpb. zal geheel in overeenstemming zijn met het wezen van de regeling, omdat duurzaamheid één der kenmerken van het concernbegrip vormt (zie blz. 33). De huidige constructiegevoeligheid van artikel 15 Wet Vpb. wordt vooral veroorzaakt door het keuzekarakter van de regeling in combinatie met het ontbreken van een duurzaamheidsvereiste.<sup>117</sup> Ik geef de voorkeur aan invoering van een duurzaamheidsvereiste boven opheffing van het keuzekarakter van het regime. De fiscale eenheid kan immers in sommige gevallen ook belangrijke nadelen opleveren, waartoe ik belastingplichtigen niet zou willen verplichten. Genoemde

minimumtermijn zal echter niet mogen leiden tot verstarring, zodat voortijdige verbreking van de fiscale eenheid zonder sanctie mogelijk moet zijn. Hiertoe zou in de wettelijke regeling een ontheffingsbevoegdheid kunnen worden opgenomen. De minister zou dan, eventueel onder door hem te stellen voorwaarden, kunnen instemmen met eerdere splitsing van de fiscale eenheid, indien aanmerkelijk wordt gemaakt dat misbruikbedoelingen niet aanwezig zijn.

Een inperking van het keuzekarakter van het regime, zoals door Verburg op de Belastingconsulentendag 1977 gesuggereerd, zou eventueel misbruik tegen het einde van de minimumtermijn kunnen voorkomen en tevens als alternatief voor de 14e en 15e standaardvoorwaarde kunnen dienen. De verbreking van de fiscale eenheid na afloop van de minimumtermijn, dan wel de ontbinding van de dochtermaatschappij, zou alsdan niet (mede) mogen zijn gericht op het behalen van voordelen in de vorm van verkapte realisatie van stille reserves in 'verschoven' vermogensbestanddelen, dan wel benutting van de winsten ontstaan door realisatie van genoemde reserves, ter compensatie van ex-vóórvoegingsverliezen. De sanctie zou — in navolging van de huidige 17e standaardvoorwaarde — moeten bestaan uit een opwaardering van de 'verschoven' vermogensbestanddelen tot de waarde in het economisch verkeer bij het einde van het boekjaar dat onmiddellijk aan het splitsingstijdstip vooraf gaat.

Zowel de (in § 5.11 genoemde) cumulatie der sancties van de 16e en 17e standaardvoorwaarde, als het verschil in sanctie en sanctietermijn tussen beide voorwaarden, zou reeds thans opgeheven kunnen worden door de 16e en 17e standaardvoorwaarde tot één standaardvoorwaarde te integreren. Op deze wijze zou tevens het complementaire karakter van de bepalingen beter tot uitdrukking komen. De integratie zou op eenvoudige wijze tot stand kunnen worden gebracht door in de huidige 17e standaardvoorwaarde de zinsnede 'anders dan door verkoop van de aandelen in de dochtermaatschappij' te schrappen.

## 6. De bepalingen van formeel/administratieve aard

### *Standaardvoorwaarde 5:*

Dividenden, betaald op aandelen in de dochtermaatschappijen aan anderen dan de moedermaatschappij, zullen worden beschouwd te zijn uitdelingen van winst van de combinatie.

De bedragen die worden betaald voor of in verband met niet in het bezit van de moedermaatschappij zijnde aandelen in de dochtermaatschappij zullen bij het bepalen van de winst van de combinatie niet in aftrek worden gebracht.

### *Standaardvoorwaarde 6:*

Tantièmes en salarissen door de dochtermaatschappij uitgekeerd aan anderen dan de moedermaatschappij, zullen gelden als tantièmes en salarissen, uitgekeerd door de in artikel 15 van de Wet bedoelde andere naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid voor zover deze uitkeringen gebracht worden ten laste van de winsten van de combinatie.



### 6.1. Overige fiscale gevolgen van de toepassing der standaardvoorwaarden

Het fiscaal opgaan van de dochtermaatschappijen in de moedermaatschappij houdt vanzelfsprekend in dat alle handelingen van de dochtermaatschappijen (dus ook het uitkeren van dividenden en het betalen van tantièmes en salarissen) voor de vennootschapsbelasting zullen gelden als handelingen van de combinatie met alle gevolgen van dien, zodat het bepaalde in de eerste alinea van de 5e en in de 6e standaardvoorwaarde volstrekt overbodig is. Tot de bedoelde gevolgen behoort de beperking die de fiscale eenheid veroorzaakt bij de toepassing van die regelingen in de Wet Vpb. die aan een maximum gebonden zijn, zoals artikel 11. Hierin wordt de aftrekbaarheid van de winst van beloningen, toegekend aan (de) commissaris(sen)/aanmerkelijkbelanghouder(s), gelimiteerd. Daar deze limitering na de voeging voor de combinatie als geheel geldt, kan het gevolg zijn dat een geringer deel van de beloningen van de commissaris(sen)/aanmerkelijkbelanghouder(s) fiscaal aftrekbaar is dan zonder de fiscale eenheid het geval zou zijn geweest, daar alsdan de limitering per lichaam zou hebben gegolden.

In de tweede alinea van de 5e standaardvoorwaarde wordt bepaald dat de door de combinatie betaalde koopsom voor niet in het bezit van de moedermaatschappij zijnde aandelen in de dochtermaatschappij<sup>118</sup> fiscaal niet in mindering kan worden gebracht op het concernresultaat. Dit is een logisch gevolg van het feit dat de vermogensvoortgang op het verenigingstijdstip, bestaande uit het verschil tussen het *gehele* vermogen van de dochtermaatschappij en het gedeelte (minimaal 99%) waarop in feite recht bestaat, niet als winst in aanmerking wordt genomen. Dit verschil zal in feite de negatieve vermogenssprong bij voeging verkleinen of de positieve vermogenssprong vergroten.

#### Bijvoorbeeld:

Waarde 99%-deelneming per het verenigingstijdstip 1980 (= 200% vooronderstellend dat ieder aandeel gelijke rechten heeft). Ficaal vermogen 1000. Bij een consolidatie op 99% basis zou de negatieve vermogenssprong 990 bedragen (1980 - 990). Op het verenigingstijdstip wordt echter het gehele vermogen van de dochtermaatschappij in acht genomen, zodat de negatieve vermogenssprong (die geen invloed op de winstbepaling heeft - zie blz. 63) slechts 980 (1980 - 1000) bedraagt. Een latere (fiscaal irrelevante) uitbreiding van de deelneming tot 100% vormt geen verlies, doch de hieruit voortvloeiende vermogensachteruitgang vergroot alsnog de negatieve- of verkleint alsnog de positieve vermogenssprong. De 5e standaardvoorwaarde bevat geen regeling voor de omgekeerde situatie, waarbij aandelen in de dochtermaatschappij (tot maximaal 1%) worden vervreemd, hetgeen geen splitsing van de fiscale eenheid te weeg zal brengen, tenzij belanghebbende dit wenst (zie blz. 137 hierna). Ik meen dat in deze situatie de voorwaarde analoog moet worden toegepast, zodat het ontvangen bedrag geen winst zal vormen.

*Standaardvoorwaarde 7:*

De voorlopige aanslag, bedoeld in artikel 20, tweede lid, van de Uitvoeringsbeschikking Algemene wet inzake rijksbelastingen 1964 van de combinatie over het jaar, aanvangend met het verenigingstijdstip, wordt vastgesteld alsof de moedermaatschappij en de dochtermaatschappijen bij de aanvang van het aan dat jaar voorafgaande jaar reeds een fiscale eenheid op de voet van artikel 15 van de Wet hadden gevormd.

*Standaardvoorwaarde 8:*

Bij de aangifte zullen jaarlijks worden overlegd de balansen en resultatenrekeningen, zoals deze door de daartoe bevoegde organen van de moedermaatschappij en de dochtermaatschappijen zijn vastgesteld. Op verlangen van de inspecteur over de gemeente van vestiging van de moedermaatschappij zal de fiscale balans van de combinatie jaarlijks worden toegelicht door een staat, aangevende tot welke maatschappij de afzonderlijke activa en passiva feitelijk behoren. De verplichtingen welke ingevolge de Algemene wet inzake rijksbelastingen en ingevolge de Wet rusten op de bestuurders of vereffenaars van de dochtermaatschappijen blijven in stand, behalve de verplichting tot het doen van aangifte op de voet van artikel 8 van eerstgenoemde wet. De in stand blijvende verplichtingen behoeven echter niet te worden nagekomen, voor zover de bestuurders of vereffenaars van de moedermaatschappij ze nakomen.

*Standaardvoorwaarde 9:*

De moedermaatschappij en de dochtermaatschappijen zullen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door de combinatie verschuldigde belasting als waren zij zelf aangeslagen.

*Standaardvoorwaarde 18:*

Als bestuurders van de combinatie worden beschouwd de bestuurders van de in artikel 15 van de Wet bedoelde andere naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.

*6.2. Aanslag en aansprakelijkheid*

De fiscale eenheid geldt, zoals reeds eerder vermeld, uitsluitend voor de Wet Vpb. en de Wet Investeringsrekening. Toch brengt de fiscale fusie consequenties mee, met name bij de vaststelling van de (voorlopige) aanslag en voor de bepaling van de aansprakelijkheid bij de invordering van de door de combinatie verschuldigde belasting, die verder strekken dan de Wet Vpb. Reeds in de Leidraad winstbelasting werd een regeling om 'te waarborgen, dat ook van de dochtermaatschappij de voor de heffing en — eventueel — invordering van de belasting nodige medewerking wordt verkregen' noodzakelijk geacht. Thans is dit in het derde lid van artikel 15 Wet Vpb. vastgelegd. De hiervóór weergegeven standaardvoorwaarden vormen hiervan de uitwerking.

Zo bevat de 7e standaardvoorwaarde de regeling, waarbij de resultaten van de afzonderlijke concernmaatschappijen, over het jaar voorafgaande aan hun verenigingstijdstip, worden herleid tot een fictief concernresultaat, dat als basis dient voor het opleggen van de voorlopige aanslag over het eerste jaar van de combinatie. Gezien het karakter van deze voorlopige aanslag zal deze herlei-



ding op vrij globale wijze kunnen geschieden. Zo zal de administratie, indien bij het vaststellen van de voorlopige aanslag slechts de afzonderlijke aangiften over het jaar voorafgaande aan het verenigingstijdstip beschikbaar zijn, kunnen volstaan met het samenvoegen van de resultaten van de afzonderlijke maatschappijen over dat jaar, zonder rekening te houden met intercompany transacties.

Ingevolge de 8e standaardvoorwaarde moet de aangifte van de combinatie worden gedaan door de moedermaatschappij. De fiscale balans moet worden vergezeld door de commerciële balansen en resultatenrekeningen van de tot de combinatie behorende vennootschappen en moet, op verzoek van de inspecteur<sup>119</sup>, jaarlijks worden toegelicht door een staat waarop staat aangegeven tot welke maatschappij de afzonderlijke activa en passiva feitelijk behoren. Hierdoor wordt de inspecteur in staat gesteld toch de onderlinge vermogensmutaties te volgen en een oordeel omtrent het al dan niet 'besmette' karakter te vormen, hetgeen noodzakelijk is voor de praktische uitvoering van de anti-misbruikbepalingen (zie § 5). De vergelijking tussen de fiscale en commerciële jaarstukken wordt verzekerd door het wettelijk vereiste dat de tijdvakken moeten samenvallen (zie § 7.1 van hoofdstuk I).

De bestuurders en vereffenaars van de dochtermaatschappij(en) blijven gehouden hun verplichtingen tot het doen van aangifte, het verstrekken van gegevens en inlichtingen, het bewaren en ter inzage verstrekken van boeken en andere bescheiden, het verlenen van toegang tot gebouw(en) en grond(en) en betreffende de aansprakelijkheid (ingevolge de artikelen 6, lid 3; 8, lid 1; 47 t/m 49, 51 en 54 van de Algemene wet en artikel 27 van de Wet Vpb.) na te komen met uitzondering van de verplichting tot het doen van aangifte, indien en voor zoverre de bestuurders of vereffenaars van de moedermaatschappij ze nakomen. De bestuurders van de moedermaatschappij worden beschouwd als bestuurders van de combinatie (18e standaardvoorwaarde).

De 9e standaardvoorwaarde bevat een belangrijke uitbreiding van de verplichtingen van de concernmaatschappijen. Zowel de moeder- als de dochtermaatschappijen zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de door de combinatie verschuldigde belasting 'als waren zij zelf aangeslagen'. De mogelijkheid om binnen de fiscale eenheid geruisloos vermogensbestanddelen en zelfs (gedeelten van) de onderneming(en) aan andere concernmaatschappijen over te dragen heeft immers tot gevolg dat de moedermaatschappij kan manipuleren met de resultaten van en de verhaalsmogelijkheden op de concernmaatschappijen. Derhalve dient ook voor de invordering van de verschuldigde belasting aansluiting te worden gezocht bij de combinatie en niet bij de afzonderlijke maatschappijen. De door de combinatie te betalen belasting dient commercieel te worden toegerekend aan de afzonderlijke maatschappijen in verhouding tot hun resultaten, zodat de winst die uitsluitend door een bepaalde dochtermaatschappij is behaald, ook bij deze maatschappij in feite wordt belast. Zonder de 9e standaardvoorwaarde zou bij een te geringe vermogensoverdracht van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij i.v.m. de te betalen belasting, de fiscus betaling moeten afdwingen door beslag op de aandelen van de dochtermaatschappij bij de moedermaatschappij, gevolgd door executoriale verkoop van

deze aandelen, of, indien gegadigden ontbreken, eventueel door liquidatie van de desbetreffende dochtermaatschappij.

Doordat de fiscus rechtstreeks de (gevoegde) dochtermaatschappij kan aanspreken zal de 9e standaardvoorwaarde met name in de navolgende gevallen de invordering vergemakkelijken:

- indien de moedermaatschappij haar vermogen naar de dochtermaatschappij heeft verschoven;
- indien de moedermaatschappij geen of onvoldoende vermogen heeft en de dochtermaatschappij niets of te weinig afdraagt aan de moedermaatschappij;
- indien de moedermaatschappij ná verkoop van de dochtermaatschappij doch vóór het opleggen van de aanslag haar gehele vermogen heeft uitgedeeld.

Daar de 9e standaardvoorwaarde beoogt de invordering van de belasting te verzekeren, zal naar mijn oordeel niet (bijvoorbeeld door een curator) kunnen worden gesteld dat deze bepaling in strijd is met het derde lid van artikel 15, Wet Vpb.

Zoals Smeets reeds terecht stelde<sup>120</sup>, kunnen de crediteuren van de andere concernmaatschappijen door de 9e standaardvoorwaarde benadeeld worden. Bij verhaal zullen zij immers ten achter worden gesteld bij de fiscus, die hoge prioriteit geniet, zodat zij wellicht niet meer aan bod komen. Dit klemmt temeer, daar deze crediteuren vaak geheel onkundig zullen zijn van het feit dat hun debitrice opgenomen is in een fiscale eenheid met bovenstaand gevolg. Publikatie bij de Kamer van Koophandel van dit feit lijkt mij dan ook wenselijk.<sup>121</sup>

#### *Standaardvoorwaarde 10:*

Het splitsingstijdstip wordt voor de moedermaatschappij en iedere dochtermaatschappij afzonderlijk gesteld op de aanvang van het jaar waarin niet langer aan de in artikel 15, eerste lid, van de Wet omschreven vereisten is voldaan.

### *6.3. De verbreking van de fiscale eenheid*

Ingevolge de 10e standaardvoorwaarde wordt het splitsingstijdstip voor de moeder- en iedere dochtermaatschappij afzonderlijk bepaald op de aanvang van het jaar waarin niet langer aan de in artikel 15, lid 1, Wet Vpb. omschreven eisen is voldaan. In de praktijk bewerkstelligt men de splitsing – indien overdracht van het belang in de dochtermaatschappij aan een derde niet wordt overwogen – vrijwel uitsluitend óf door verkoop van (enkele) aandelen in de betreffende dochter, waardoor niet langer aan het vereiste dat de moedermaatschappij alle aandelen in de dochtermaatschappij bezit wordt voldaan óf door indiening van een verzoek om de fiscale eenheid te beëindigen. Hoewel in de praktijk dit verzoek vrijwel steeds wordt ingewilligd, kan naar ik meen hieruit niet de conclusie worden getrokken dat eenzijdige opzegging mogelijk is, gezien het karakter van de regeling (zie § 8.2 van hoofdstuk I).



Indien slechts een zo'n gering deel van het aandelenbezit wordt verkocht dat aan het criterium van 99% aandelenbezit voldaan blijft, kan mijns inziens de belastingplichtige zich op het standpunt stellen dat de ontvoeging bewerkstelligd is, daar het 99% vereiste slechts in een goedkeurende resolutie is vastgelegd, waarvan belastingplichtige geen gebruik behoeft te maken. De goede trouw zal dan wel vereisen dat hij dit standpunt tijdig aan de fiscus kenbaar maakt. Splitting kan (en wordt) echter ook wel op andere wijze (worden) bereikt, bijvoorbeeld door wijziging van het boekjaar van de betreffende dochtermaatschappij, waardoor niet langer wordt voldaan aan het wettelijk vereiste dat de boekjaren samenvallen.

Zoals ik reeds op blz. 33 vermeldde, leidt overdracht van aandelen in de dochtermaatschappij binnen de fiscale eenheid niet tot splitsing (ook wel, wellicht beter, ontvoeging genaamd). Vóór 1970 was dit anders (zie blz. 33). Daarom wordt daar waar nog oude voorwaarden gelden conversie toegepast door bij latere fiscale voeging alle reeds gevoegde maatschappijen de nieuwe voorwaarden te laten aanvaarden. Ontvoeging vindt steeds plaats per begin van het jaar, waarin tot splitsing leidende omstandigheden zich hebben voorgedaan, zodat verkoop van één of meerdere aandelen aan het einde van het boekjaar, omdat op dat moment duidelijk is dat het regime van de fiscale eenheid ongunstige gevolgen heeft veroorzaakt, het regime met terugwerkende kracht tot het begin van het betreffende boekjaar buiten werking stelt. Deze terugwerkende kracht zal bijvoorbeeld kunnen worden benut in de op blz. 91 beschreven situatie, waarbij oude vóórvoegingsverliezen van de moeder verloren dreigen te gaan, doordat haar volledige winst waarschijnlijk horizontaal gecompenseerd gaat worden met het verlies van de dochtermaatschappij(en).

#### *6.4. Gewenste regeling van de bepalingen van formeel/administratieve aard*

Voor al de 10e standaardvoorwaarde maakt duidelijk dat de grens tussen in de wet en in de standaardvoorwaarden opgenomen formele vereisten vloeiend is. Moeilijk kan worden ingezien waarom het tijdstip waarop de fiscale eenheid ingaat wel, doch het tijdstip waarop de fiscale eenheid eindigt niet in de wet behoort te worden geregeld. In plaats van de aanduiding 'zolang' zou de tekst van het eerste lid van artikel 15 Wet Vpb. dan ook beter kunnen aanvangen met het woord 'indien' en kunnen eindigen met de zin: 'De hier bedoelde wijze van heffing eindigt bij de aanvang van het jaar, waarin niet langer aan de in de vorige zin dan wel de in het tweede lid genoemde vereisten wordt voldaan.'

Het lijkt mij echter niet noodzakelijk dat alle formele vereisten in de tekst van artikel 15 opgenomen worden (c.q. blijven), omdat dit zou leiden tot een onnodig lange en gecompliceerde bepaling. In een integrale wettelijke regeling van de fiscale eenheid zouden deze vereisten beter bij AMvB kunnen worden vastgelegd. De nadere uitwerking van de kenmerken van de integrale wettelijke regeling zou in een (toelichtende) ministeriële resolutie kunnen geschieden. Enerzijds zou hiermee de rechtszekerheid van belastingplichtigen zijn gediend, terwijl anderzijds hun rechtsbescherming op deze wijze voldoende gewaarborgd zal zijn.

## Noten

1. Belastingberichten van 24 december 1942.
2. Nederlandse Staatscourant van 30 september 1940 no. 190.
3. Zie het antwoord op de door de heer Notenboom gestelde Kamervragen (ontvangen op 27 juli 1978). Gepubliceerd o.a. in V-N 1978, blz. 1348.
4. Th. S. IJsselmuiden (1), blz. 51.
5. K. Rijks (2).
6. Resolutie van 22 augustus 1978.
7. Zie J. van der Hoeven (1).
8. J. Verburg (1), blz. 32.
9. Zie de begripsomschrijvingen in de Resolutie van 22 augustus 1978 (BNB 1978/266).
10. Zie HR 22 februari 1956, BNB 1956/132.
11. Althans fiscaal; in de commerciële geconsolideerde jaarrekening zullen wel dezelfde waardeeringsstelsels moeten worden toegepast (zie blz. 155), zodat administratieve problemen kunnen ontstaan.  
Vergelijk: H. van Dijk en J.G. Kuijl (1), §§ 13.1.2.6 en 14.2.1.
12. In gelijke zin: de Vakstudie vennootschapsbelasting aantekening 15 op artikel 15.
13. O.a. HR 14 januari 1970, BNB 1970/68.
14. Vergelijk: M.V.M. van Leeuwe (1), blz. 93 e.v.
15. K. Rijks (1), blz. 31.
16. Deze opvatting is m.i. niet in strijd met het arrest HR 16 december 1981, BNB 1982/72.
17. Vakstudie Vpb. aantekening 25 op artikel 15.
18. Slechts in uitzonderingsgevallen, zoals in Hof Leeuwarden 25 februari 1960, BNB 1961/227, Hof Arnhem 23 januari 1961, BNB 1961/305 en HR 17 januari 1962, BNB 1962/60 zal dit anders zijn.
19. Zie echter § 5.4.
20. De reële waarde zal doorgaans gelijk zijn aan de zgn. rentabiliteitswaarde van de dochtermaatschappij, ook te definiëren als de som van de reële intrinsieke waarde van de dochtermaatschappij vermeerderd met de eigen goodwill van deze maatschappij. Op deze en andere waardebegrippen wordt te dezer plaatse niet verder ingegaan.
21. Vergelijk: N.H. de Vries en L.W. Sillevius (1), blz. 491 e.v.
22. K. Rijks (1), blz. 49.
23. J.C.K.W. Bartel (1).
24. D. Juch (2), blz. 66. In dit alternatieve model van Juch zal 'dubbele' verliescompensatie optreden, indien op het verenigingstijdstip het opgeofferd bedrag gelijk zou zijn aan het fiscale vermogen van de dochtermaatschappij en tijdens de fiscale eenheid geen wijziging zou optreden in het opgeofferd bedrag, doch het vermogen door verliezen geheel of gedeeltelijk zou verdwijnen. De moedermaatschappij heeft immers tijdens de voeging de verliezen reeds kunnen compenseren, terwijl het opgeofferd bedrag volledig in stand zou zijn gebleven, zodat tevens een liquidatieverlies zou kunnen worden 'genoten'.
25. Nadere MvA, blz. 29.
26. J. Verburg (1), blz. 74.
27. M.V.M. van Leeuwe en W.C.L. van der Grinten (1), blz. III-38/39 en J.C.K.W. Bartel (2), blz. 193.
28. Mogelijk zal de rechtbank, op vordering van het OM, op grond van artikel 74, lid 1, en artikel 185, boek 2 BW deze 'lege' BV ontbinden.
29. Zie J. Hoogendoorn (1), blz. 113 e.v.
30. In andere zin: H.M.N. Schonis en J. Renes (1), blz. 157 en (2), blz. 904 en 905.
31. Voor de reeds op 24 mei 1978 bestaande fiscale eenheden bevat artikel 7a van het Uitvoeringsbesluit Vennootschapsbelasting een soortgelijke bepaling.
32. Vergelijk artikel 23d van de Wet Vpb.
33. In de tweede druk van de 'Wet investeringsrekening' nemen Schonis en Renes eenzelfde standpunt in.



34. Zitting 1977/78 nr. 14377, MvA blz. 64.
35. Zie blz. 120.
36. Vergelijk H.M.N. Schonis en J. Renes (2), blz. 907 en 908.
37. H.M.N. Schonis en J. Renes (1), blz. 158.
38. Indien, zoals in het voorbeeld van Schonis en Renes gesteld, de boekwaarde gelijk is aan de werkelijke waarde.
39. Zie HR 22 februari 1956, BNB 1956/132.
40. Zie BNB 1975/14.
41. Gepubliceerd in het VN van 18 november 1964, punt 11.
42. In gelijke zin: Vakstudie Vpb., aantekening 17 op artikel 15.
43. In gelijke zin: J. Verburg (1), blz. 25.
44. Stelling 4 behorend bij het proefschrift van D. Juch (1).
45. In gelijke zin: G. Slot (1), blz. 42.
46. Zie J.G. Verseput (1), blz. 93.
47. Vakstudie Vpb. aantekening 16 op artikel 15.
48. J. Verburg (1), blz. 74.
49. De opzet van deze studie laat minder ruimte voor uitvoerige cijfervoorbeelden, zoals te vinden zijn in de praktische handleiding 'Belastingrecht in cijfers' door H. van Dijk en J.G. Kuijl.
50. K. Rijks (1), blz. 41.
51. In andere zin: Vakstudie Vpb. aantekening 17 op artikel 15.
52. Zie § 8.2 van hoofdstuk I.
53. Zie HR 25 juni 1969, BNB 1969/202.
54. In gelijke zin: K. Rijks (1), blz. 37 en J.W. Zwemmer (2), blz. 90.
55. D. Juch (4), blz. 678.
56. Resolutie van 25 september 1970.
57. Vakstudie Vpb. aantekening 21 op artikel 15.
58. Vakstudie Vpb. aantekening 20 op artikel 15.
59. Vakstudie Vpb. aantekening 19 op artikel 15.
60. Term van J. Verburg (1), blz. 25.
61. Vergelijk: J.W. Zwemmer (2), blz. 97.
62. Zie § 2 van hoofdstuk I.
63. B.A. van Tuijl (2), blz. 352.
64. J.P. Scheltens (2).
65. Handelingen Eerste Kamer, Vergadering van 7 oktober 1969, blz. 27.
66. Zitting 1967/68, no. 6000, Tweede Nota van Wijzigingen blz. 12.
67. Vakstudie Vpb., aantekening 24 op artikel 15.
68. K. Rijks (1), blz. 45.
69. B.A. van Tuijl (1), blz. 52.
70. Vóór de invoering van de 17e standaardvoorwaarde bestond deze mogelijkheid ook nog ná 1969 (zie blz. 123).
71. Zitting 1967/68, no. 6000, Tweede Nota van Wijzigingen.
72. Zitting 1967/68, no. 6000, Nadere Memorie van Antwoord.
73. Handelingen Tweede Kamer, zitting 1968/69, blz. 3210.
74. Vakstudie Vpb., aantekening 24 op artikel 15.
75. J.C.K.W. Bartel (1), blz. 188.
76. B.A. van Tuijl (1), blz. 50.
77. In feite zal (zoals uit de volgende paragraaf zal blijken) door de werking van de 11e standaardvoorwaarde in deze gevallen ten onrechte geen of te weinig belastbare koerswinst ontstaan.
78. In gelijke zin: B.A. van Tuijl (1), blz. 51.
79. D. Juch (2), blz. 61.
80. D. Juch (5), blz. 63.
81. Vakstudie Vpb., aantekening 24 op artikel 15.
82. O.a.: J.J. Hof (1), K.H. v.d. Linden (1), D. Juch (1) en J.C.K.W. Bartel (1).
83. J.F.M. Giele en A.K.P. Jongsma (1), blz. 230 i en j.
84. Zie blz. 9 van het rapport van de Commissie voor de bestudering van de fiscale problemen rondom fusies (1).

85. Ingeval van volstorting d.m.v. overdracht zal het Ministerie de navolgende bijzondere voorwaarde stellen: 'De inbreng van bezittingen in en de overneming van schulden door de dochtermaatschappij bij haar oprichting worden voorzover nodig geacht te zijn geschied onmiddellijk na het verenigingstijdstip'.
86. In het kader van een bedrijfsopvolging zullen ook de opvolgers vaak gebruik maken van het fiscale eenheidregime. Zij kopen de aandelen in de werkmaatschappij namelijk niet zelf, doch laten ze kopen door een daartoe door hen opgerichte holdingmaatschappij, die de aankoop-som heeft geleend. Een fiscale eenheid tussen beide vennootschappen heeft tot resultaat dat de op de lening betaalde rente wordt gesaldeerd met de door de werkmaatschappij behaalde winst, zodat deze werkmaatschappij in feite de kosten van haar aankoop zelf draagt. Indien de financiering geschiedt door een buitenlandse financieringsmaatschappij vindt in zoverre omzetting van Nederlandse winst in elders (wellicht laag) belaste rente plaats.  
Deze constructie wordt ook door buitenlandse maatschappijen benut teneinde de rente over de aankoop-som van een Nederlandse dochtermaatschappij in mindering te brengen op de winst van de overgenomen BV. Hiertoe wordt een met aandelenkapitaal gefinancierde tussenhouding in Nederland opgericht (of eventueel een leeggehaalde 'kasgeld-BV' van een bank overgenomen), die vervolgens met geleend geld de deelneming koopt. Via een fiscale eenheid tussen deze kleindochtermaatschappij en de tussengeschoven holding komt de rente op de lening in mindering van de winst van de pas verkregen dochtermaatschappij.
87. Naar mijn mening biedt het arrest van 3 september 1975 (BNB 1975/214) inzake artikel 15, lid 1, letter e, Wet BRV onvoldoende steun voor de opvatting dat belegde middelen (inclusief het bij de onderneming in gebruik zijnd onroerend goed) niet behoeven te worden overgedragen. In andere zin: J.C.K.W. Bartel (2), blz. 186.
88. Ook de Commissie voor de bestudering van de fiscale problemen rondom fusies ziet dit als een beperking, getuige de noot op blz. 21 van haar rapport (1).
89. Al roept de ná HR 19 maart 1975, BNB 1976/13 gewezen jurisprudentie wel enige twijfels op.
90. In reële gevallen wordt deze standaardvoorwaarde aangepast.
91. Vakstudie vennootschapsbelasting aantekening 3 op art. 15.
92. Zie J.C.K.W. Bartel (2), onderdeel IV, 5.3.1.
93. Zie standaardvoorwaarde 9 voor de toepassing van artikel 14, lid 2 Wet Vpb.
94. Zie standaardvoorwaarde 16 (besproken in § 5.2 e.v.).
95. J. Verburg (1), blz. 76.
96. D. Juch (2), blz. 62.
97. K. Rijks (1), blz. 46 en 47.
98. Voor een praktische uiteenzetting van alternatieve mogelijkheden verwijs ik naar J.C.K.W. Bartel (2), hoofdstuk IV.
99. J.C.K.W. Bartel (3), blz. 5.
100. Ten departemente wordt in deze gevallen het arrest HR 25 okt. 1978, BNB 1978/312, naar analogie toegepast.
101. Verseput stelt dan ook: 'De 17e standaardvoorwaarde vormt een zodanige verscherping van het regiem van de fiscale eenheid dat in een toenemend aantal gevallen de voorkeur zal uitgaan naar inbreng met toepassing van artikel 14.' J.G. Verseput (2), blz. 77.
102. De tekst zou tot een andere uitleg kunnen leiden; zie echter § 5.10.
103. Gepubliceerd o.m. in V-N van 2 september 1978, blz. 1344 e.v.
104. J. Verburg (1), blz. 30.
105. In de art. 105 en 216 Boek 2 BW komt dit begrip ook voor.
106. Zie het antwoord op vraag 3 inzake de 17e standaardvoorwaarde gesteld door het Kamerlid Notenboom, gedateerd 27 juli 1978.
107. Zie Hof 's-Gravenhage 26 september 1978 als uitzondering die de regel bevestigt.
108. In gelijke zin: Ch. J. Langereis in zijn aantekening bij Hof 's-Gravenhage 26 september 1978 (FED IB '64: Art. 18 : 25).
109. Vakstudie Vpb., aantekening 24A op artikel 15.
110. D. Juch (1), blz. 63.
111. J.G. Verseput (2), blz. 76 en 77.
112. J.G. Verseput (2), blz. 77.
113. J. Verburg (1), blz. 75 en 76.



## NOTEN

114. Zie § 5.3 van hoofdstuk I.
115. K. Rijks (3), blz. 44.
116. D. Juch (2), blz. 64 en 65.
117. Vergelijk: D. Juch (2), blz. 59 en B.A. van Tuijl (1), blz. 48.
118. De maximaal 1%, besproken in § 5.3, van hoofdstuk I.
119. In de praktijk zal dit verzoek steeds worden gedaan, zodat de voorwaarde op dit punt beter imperatief kan worden geredigeerd.
120. M.J.H. Smeets (1), blz. 385.
121. Vooral nu de OK heeft beslist dat het vermelden van fiscale eenheden in de toelichting bij de jaarstukken niet nodig is. Zie het arrest van de OK van 7 februari 1980, inzake Van Gelder Papier, besproken door D.A.M. Meeles (4), blz. 86 e.v.

### *Hoofdstuk III*

## Conclusies ten aanzien van de vraag hoe de huidige opzet van de fiscale eenheid zou kunnen worden verbeterd

In het voorgaande is onderzocht of en in hoeverre, door alsnog voldoende materiële kenmerken van het regime in artikel 15 Wet Vpb. op te nemen, de regeling van de fiscale eenheid zodanig nader geconcretiseerd zou kunnen worden, dat niet langer 'nadere' voorwaarden door de minister van Financiën behoeven te worden gesteld. Een zodanige integrale wettelijke regeling zal immers zowel de rechtszekerheid als de rechtsbescherming van belastingplichtigen ten goede komen.

Uitgaande van de huidige structuur van de vennootschapsbelasting en van de huidige fictieve fusievorm van het fiscale-eenheidsregime kunnen, t.b.v. een integrale wettelijke regeling, uit de analyse in de voorafgaande hoofdstukken van de huidige wettelijke regeling (in de wet en de standaardvoorwaarden) de volgende conclusies worden getrokken:

– Indien de fiscale regimes van de concernmaatschappijen gelijk zijn, zodat de toerekening die het gevolg is van de fictieve fusie niet tot ongewenste fiscale consequenties kan leiden (in die zin dat de voordelen van een bijzonder regime onbedoeld zouden worden vergroot), bestaan geen gronden voor een beperking ten aanzien van de rechtsvorm van de belastingplichtigen. In ieder geval is het wenselijk dat de fiscale eenheid in dit opzicht zal aansluiten bij het verwante artikel 14 Wet Vpb., hetgeen tot gevolg zal hebben dat iedere belastingplichtige, als moedermaatschappij, een fiscale eenheid kan vormen met een vennootschap welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld, een fonds voor gemeene rekening of een coöperatieve vereniging, als dochtermaatschappij, mits voor het bepalen van de winst bij beide belastingplichtigen dezelfde bepalingen van toepassing zijn.

(– § 6.1.1 en § 6.2 van hoofdstuk I.)

– Evenmin bestaat aanleiding voor een beperking tot naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen, waardoor in strijd met het non-discriminatiebeginsel wordt gehandeld. Het is wenselijk dat op dit punt de bestaande praktijk (anders dan thans het geval is) voldoende steun vindt in de wet.

(– § 6.1.2 van hoofdstuk I.)

– Ter voorkoming van misbruik zou bij internationalisering van de fiscale eenheid het regime voor alle (verlies- en winstgevende) deelnemingen verplicht moeten worden gesteld (overeenkomstig de regeling in de EG-ontwerprichtlijn van 15 januari 1969). Slechts dan zou het werkelijke mondiale (c.q. EG-) concernre-



sultaat in de belastingheffing worden betrokken. Bij de huidige fusieopzet van de regeling, die zoals gesteld een volledige participatie impliceert, zal deze verplichting (kunnen) worden ontgaan door winstgevende deelnemingen als meerderheidsdeelnemingen aan te houden en verliesgevende deelnemingen als volledige dochters, waardoor Nederland in toenemende mate een stapelplaats van buitenlandse verliezen zou worden. De beperking tot feitelijk binnen het Rijk gevestigde lichamen zou dan ook slechts op grond van een andersluidende EG-richtlijn moeten vervallen.

(– § 6.3.4 van hoofdstuk I.)

– Slechts dan kan aansluiting worden gezocht bij de aandelenparticipatie van de moeder- in de dochtermaatschappij als vaststaat dat zowel het financiële belang als de zeggenschap daadwerkelijk berusten op deze aandelenparticipatie. Noch het financiële belang, noch de zeggenschap mogen, hetzij door middel van andersoortige aandelen, hetzij contractueel aan de aandelenparticipatie van de moedermaatschappij zijn onttrokken.

In handen van derden zijnde preferente aandelen, die slechts beperkte aanspraken op dividend en liquidatiesaldi kunnen doen gelden, behoeven dus geen beletsel te vormen voor het ontstaan of voortduren van een fiscale eenheid. Een dergelijk materieel aandeelhouderschap wordt niet gedekt door de huidige wettelijke term 'bezit', doch gaat minder ver dan het door de belastingadministratie gestelde vereiste van de volledige juridische en economische eigendom.

(– § 5.3 en § 5.4 van hoofdstuk I.)

– Zelfs bij een dergelijk materieel aandeelhouderschap kan een feitelijke concernverhouding ontbreken, bijvoorbeeld bij bepaalde conglomerate-vormen. De moedermaatschappij zal in die gevallen haar aandelenparticipatie daadwerkelijk moeten benutten ten behoeve van haar ondernemersfunctie in de gezamenlijke onderneming, zoals zal moeten blijken uit wezenlijke activiteiten op bestuurlijk, beleidsvormend en/of financieel terrein.

(– § 3 van hoofdstuk I.)

– Hoewel de moedermaatschappij bij de uitoefening van haar ondernemersfunctie meestal zal kunnen volstaan met een meerderheidsparticipatie, impliceert de huidige fictieve fusie een volledige participatie door de moedermaatschappij, zodat een andere opzet zal moeten worden gekozen indien men een aanzienlijke verlaging van de participatie wil nastreven.

(– § 5.2 van hoofdstuk I.)

– De constructiegevoeligheid van de fiscale eenheid zal sterk worden vermindert door in de wettekst de duurzaamheid, voortvloeiend uit de concernorganisatie, tot uiting te brengen door opname van een minimumtermijn gelijk aan de termijn genoemd in de huidige 17e standaardvoorwaarde. Verstarring van de concernstructuur zal kunnen worden voorkomen door opname van een onthefingsbevoegdheid, waardoor met instemming van de minister (eventueel onder door hem te stellen voorwaarden) eerdere splitsing van de fiscale eenheid moge-

lijk is, indien aannemelijk wordt gemaakt dat misbruik niet beoogd werd.

Teneinde het thans door de 14e, 15e, 16e en 17e standaardvoorwaarde bestreden misbruik van de fiscale eenheid te voorkomen zal eveneens het keuzekarakter van het regime moeten worden beperkt in die zin dat na afloop van de minimumtermijn de verbreking van de fiscale eenheid, dan wel de ontbinding van de dochtermaatschappij, niet (mede) mag zijn gericht op het behalen van voordelen in de vorm van verkapte realisatie van stille reserves (incl. goodwill) in 'verschoven' vermogensbestanddelen, dan wel benutting van winsten, ontstaan door realisatie van genoemde stille reserves, ter compensatie van ex-vóórvoegingsverliezen. De sanctie zal kunnen bestaan uit een opwaardering van de 'verschoven' vermogensbestanddelen tot de waarde in het economisch verkeer in het laatste boekjaar van de combinatie.

(— § 4.6, § 4.7 en § 5 van hoofdstuk II.)

— Ter bevestiging van de in het arrest HR 22 feb. 1956, BNB 1956/132, gegeven interpretatie van het karakter van de fictieve fusie, waardoor niet slechts de bezittingen en schulden van de dochtermaatschappij rechtstreeks aan de moedermaatschappij moeten worden toegerekend, doch deze toerekening tevens de omstandigheden omvat die bepalend (zouden) zijn (geweest) voor de belastingheffing van de dochtermaatschappij (zoals fiscale reserveringen en de gedragslijn bij waarderingen) zal analoog aan de huidige regeling in artikel 14 Wet Vpb. gesteld moeten worden dat zowel na vereniging als na splitsing van de fiscale eenheid de latere heffing verzekerd moet zijn.

De regeling in de huidige 1e, 2e, 4e, 11e, 12e en 13e standaardvoorwaarde vormen in wezen (soms gebrekkige) uitwerkingen van dit materiële vereiste en concrete uitwerkingen van de consolidatiemethodiek, die als zodanig niet in een integrale wettelijke regeling moeten worden opgenomen. Door (een verbeterde versie van) deze standaardvoorwaarden op te nemen in een resolutie ter toelichting van de wettekst, blijven de voordelen (kenbaarheid en zekerheid vooraf voor de belastingplichtigen) behouden zonder dat dit nadelen oproept; belastingplichtigen kunnen immers een (door de rechter te toetsen) eigen interpretatie volgen.

(— § 3 van hoofdstuk II.)

— Er bestaan geen gegronde redenen voor beperkingen bij de compensatie van vóórvoegingsverliezen, in die zin dat deze compensatie slechts voor de vennootschappen afzonderlijk mogelijk zou zijn en deze verliezen het aanloopverlieskarakter zou moeten worden ontnomen, mits deze vóórvoegingsverliezen door de gevoegde maatschappijen geleden zijn in een periode waarin reeds aan de vereisten voor de fiscale eenheid werd voldaan, zonder dat voor het regime werd geopteerd, tenzij deze verliezen reeds bij een der andere maatschappijen tot uitdrukking zijn gekomen. Compensatie van 'meegekochte' vóórvoegingsverliezen zal derhalve niet mogelijk moeten zijn, mede ter voorkoming van bepaalde vormen van dubbele compensatie.

(— § 4.1 t/m 4.5 van hoofdstuk II.)



– De invoering van een integrale regeling van de fiscale eenheid zal gepaard dienen te gaan met wijzigingen in de bepalingen betreffende het opgeofferd bedrag, het aanloopverlies en de WIR, waardoor de fiscale eenheid in deze regelingen geïncorporeerd wordt, zoals thans in artikel 13, lid 2, rekening wordt gehouden met het regime van artikel 28 Wet Vpb. (de beleggingsinstelling).

(– § 3.6, § 3.11 en § 4.5 van hoofdstuk II.)

– Bepalingen van formeel/administratieve aard, zoals die thans zowel in de wet als in de standaardvoorwaarden voorkomen, zullen bij AMvB moeten worden vastgesteld, zodat een onnodig lange en gecompliceerde wettekst wordt voorkomen. Door het achterwege laten van overbodige bepalingen (zoals de huidige 5e, 6e en 18e standaardvoorwaarde) zal het aantal bepalingen van deze aard sterk verminderen.

(– § 7 van hoofdstuk I en § 6 van hoofdstuk II.)

De concrete toepassing van de fiscale eenheid zal naar mijn oordeel beter kunnen steunen op (rechterlijke) interpretatie van een wettelijke regeling, waarin met bovenstaande conclusies rekening is gehouden, dan op de huidige (soms gebrekkige en vaak overbodige) standaardvoorwaarden die, geheel in strijd met hun ratio, in menig geval, door te vage of onduidelijke bewoordingen, tot rechts-onzekerheid en, door te ruim gestelde bepalingen, tot overkill leiden.

Zekerheid vooraf kan aan belastingplichtigen worden geboden door een recht op een 'advance-ruling' (analoog aan artikel 40, lid 5, Wet IB) in de wettelijke regeling op te nemen, naast de uitleg en concretisering van deze regeling in een toelichtende resolutie. Er kunnen zich immers bijzondere situaties voordoen, waarin genoemde toelichtende resolutie niet voorziet. Naar mijn mening is bij integrale regeling van het fiscale eenheidregime in de wet, geen plaats meer voor het stellen van (bijzondere) voorwaarden door of vanwege de minister.

## Deel II



## Bepalingen van concernrechtelijke aard

### 1. Het Nederlandse concernrecht

De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting behoort tot de bepalingen van concernrechtelijke aard, die verspreid in de Nederlandse wetgeving voorkomen.<sup>1</sup> In tegenstelling tot de situatie in het Duitse vennootschapsrecht, alwaar de in de fiscale jurisprudentie ontwikkelde Organschaft als gangmaker fungeerde voor een materieel concernrecht, heeft het economisch verschijnsel 'concern' in de Nederlandse wetgeving niet geleid tot een afgerond en samenhangend geheel van concernregels. Het Nederlandse (vennootschaps)recht is nog steeds primair gebaseerd op de zelfstandigheid van de NV en BV, als voornaamste rechtsvormen voor de ondernemingsuitoefening, waarop de bepalingen van concernrechtelijke aard een (toenemend aantal) uitzonderingen vormen.

Als concernregeling was de fiscale eenheid ex artikel 27 Besluit WB haar tijd ver vooruit. Vóór de Tweede Wereldoorlog was het concern een vrijwel onbekend begrip in de Nederlandse wetgeving en doctrine.<sup>2</sup> Op deze schrale voedingsbodem is de fiscale eenheid, zoals blijkt uit deel I van dit geschrift, in concernrechtelijke zin nauwelijks tot ontwikkeling gekomen. De overige bepalingen van concernrechtelijke aard en de hierop betrekking hebbende publikaties zijn betrekkelijk recent.<sup>3</sup> Het belang van deze incidentele regelingen voor het overige 'concernrecht' is echter vrij gering, gezien hun specifieke gerichtheid op concrete rechtsgebieden (met name de medezeggenschapsregelingen), waarbij het concern als extern gegeven wordt beschouwd, waarvoor aanvullings/uitzonderingsbepalingen moeten worden opgenomen. Afhankelijk van de aard van het concrete rechtsgebied bestaan grote verschillen in benadering. Zelfs bij verwante regelingen kunnen de verschillen vrij groot zijn, zoals blijkt uit de door Honée verrichte studie van de concernrechtelijke bepalingen in de structuurregeling en de wet ondernemingsraden.<sup>4</sup> Aan deze bepalingen kunnen naar mijn oordeel slechts een zeer beperkt aantal aanknopingspunten worden ontleend voor een zich reeds in het huidige Nederlands recht manifesterend 'concernrecht'.<sup>5</sup>

Van een materieel concernrecht, ter regeling van de interne concernstructuur en de daaruit voortvloeiende consequenties, is tot op heden nog nauwelijks sprake. Uit de ontwerpen voor een Zevende richtlijn, inzake de concernjaarrekening<sup>6</sup>, en een Negende richtlijn, tot harmonisatie van het concernrecht<sup>7</sup>, blijkt dat de EG op langere termijn de totstandkoming van een afgeronde 'interne' concernwetgeving zal bevorderen, tenzij de opvatting van het Nederlands

Genootschap van Bedrijfsjuristen zou worden gevolgd. Dit genootschap meent dat in ieder rechtsgebied waar behoefte bestaat aan bijzondere regels met het oog op concernverhoudingen gezocht dient te worden naar een specifieke en pragmatische oplossing, die past in het kader van dat rechtsgebied<sup>8</sup>, m.a.w.: handhaaf de huidige opzet van het Nederlandse 'concernrecht'.

Naast de regeling van de fiscale eenheid vormen de consolidatiebepalingen in titel 6 Boek 2 BW (artikel 318 e.v.) de enige uiting van 'intern' concernrecht in de huidige Nederlandse wetgeving. In tegenstelling tot de fiscale regeling bevatten de bepalingen betreffende de jaarrekening wel een materiële uitwerking van het interne concernrecht in de vorm van genoemde consolidatievoorschriften. De jaarrekening is bovendien het terrein waarop de EG-richtlijnen het verst gevorderd zijn. Het reeds genoemde ontwerp voor een Zevende richtlijn werd reeds voorafgegaan door een Vierde richtlijn, betreffende de inrichting en publikatie van de jaarrekening van naamloze en besloten vennootschappen.<sup>9</sup> Hierna zal dan ook voornamelijk aan de hand van de consolidatiebepalingen in het BW en het ontwerp Zevende EG-richtlijn een antwoord worden gezocht op de vraag of de huidige fiscale eenheid — in dit verband te parafraseren als de faciliteit waarbij de belastingheffing geschiedt op basis van de geconsolideerde balans — kan aansluiten bij het concernrecht in wording.

## 2. Juridische of economische benadering van het concernbegrip

In de inleiding is de concernverhouding getypeerd als die verhouding tussen rechtspersonen, waarbij, ondanks hun juridische zelfstandigheid, in economische, financiële en organisatorische zin zodanige betrekkingen bestaan, dat van een gezamenlijke onderneming onder uniforme leiding moet worden gesproken. Enige aarzeling moest worden overwonnen, omdat zowel Franken, Honée als het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen de mening zijn toegedaan dat het concern niet (volledig) kan worden gedefinieerd.<sup>10</sup> In de Nederlandse wetgeving komt de term concern(verhouding) niet voor. Artikel 153, Boek 2 BW bevat wel, min of meer als synoniem, de term 'groep'. De MvT op het corresponderende artikel 52c, WvK (oud) geeft de navolgende typering: 'een groep van naar rechtsvorm zelfstandige ondernemingen, die door kapitaaldeelname of anderszins met elkaar zijn verbonden en waarvan het centrale beleid in de top wordt bepaald.'

Deze typering sluit aan bij de in de doctrine ontwikkelde begripsvorming.<sup>11</sup> Volgens Uniken Venema wordt de concernverhouding gekenmerkt door de juridische vormgeving aan één economische eenheid, één onderneming waartoe er sprake moet zijn van één uniforme topleiding.<sup>12</sup> Hij geeft echter niet aan op welke wijze deze uniforme leiding tot stand kan komen. Honée meent dat de centrale leiding, als belangrijkste kenmerk van de concernverhouding, in wezen een feitelijk begrip is, waardoor het concern niet juridisch bepaalbaar is.<sup>13</sup> Volgens Löwensteyn ligt de problematiek van het concern in het feit, dat het berust op een contradictie tussen de bedrijfseconomische en de juridische bedoelingen van de bouwers van het concern.<sup>14</sup>



Hoewel de huidige bepalingen van concernrechtelijke aard in de Nederlandse wetgeving gericht zijn op concrete rechtsgebieden, kan toch worden gesteld dat aan deze bepalingen voornamelijk een juridische benadering van het concernbegrip ten grondslag ligt. Hierbij wordt uitgegaan van het 'central financial unit concept'<sup>15</sup>, waarbij de participatie in het aandelenkapitaal bepalend is voor het concernbegrip. Zo bevat artikel 319, Boek 2 BW een consolidatiemogelijkheid voor vennootschappen, waarin een participatie bestaat van méér dan 50%. Uit de definities van de begrippen dochtermaatschappij<sup>16</sup> en groepmaatschappij in het aanpassingsontwerp Vierde richtlijn<sup>17</sup> blijkt dat deze juridische benadering van het concernbegrip (voorlopig) in de Nederlandse wetgeving gehandhaafd blijft.<sup>18</sup>

In de bepalingen van concernrechtelijke aard, waarbij de omvang van de aandelenparticipatie beslissend is, gaat de wetgever klaarblijkelijk uit van de veronderstelling dat de centrale leiding zal berusten op de zeggenschap, die aan de aandelen kan worden ontleend. De zeggenschap, als feitelijke macht over de concernvennootschap, kan echter eveneens contractueel tot stand worden gebracht en zelfs op personele en feitelijke verhoudingen (bijvoorbeeld voortvloeiend uit exclusieve toeleverings- of afnamerechten) berusten.<sup>19</sup> Vandaar dat in de EG ontwerp-richtlijnen de juridische benadering plaats heeft gemaakt voor een economische benadering van het concernbegrip.

Zo kan in het voorstel voor een Zevende EG richtlijn voor de concernjaarrekening eerst van een concern worden gesproken, zodra een vennootschap een andere vennootschap daadwerkelijk beheerst, zodat deze onder de daadwerkelijke uniforme leiding van de economische eenheid staat.<sup>20</sup> In deze benadering, uitgaande van het 'operational unit concept'<sup>21</sup>, is derhalve de beslissende beïnvloeding van het beleid van de betrokken onderneming voor het concernbegrip doorslaggevend. Dit is een benadering die eveneens ten grondslag ligt aan het Duitse vennootschapsrecht met als accentverschil dat het Duitse Aktiengesetz minder dan de EG ontwerp-richtlijnen aansluiting zoekt bij een gedefinieerd concernbegrip, doch primair steunt op de formele contractuele concernverhoudingen.

Het is overigens zeer de vraag of deze EG-benadering ongewijzigd in ons vennootschapsrecht zal worden opgenomen. In het advies inzake het ontwerp voor een Zevende richtlijn pleit de SER<sup>21</sup>, er voor de *mogelijkheid* tot het uitoefenen van dominerende invloed als uitgangspunt te nemen in plaats van het *daadwerkelijk* beheersen. Dit zou moeten geschieden in de vorm van een getalsmatig criterium te ontleen aan het stemrecht of het recht tot benoeming van de bestuurders. Op deze wijze zou een betere aansluiting bij de ontwikkelingen in het Angelsaksische en Nederlandse recht worden verkregen. Hoewel de Groupe d'Etudes de aansluiting bij de economische realiteit onderschrijft, heeft zij als opvatting dat, naast de criteria dominerende invloed en uniforme leiding, de juridische zeggenschap niet mag ontbreken.<sup>22</sup>

Ik deel de opvatting van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen dat – omdat er in de praktijk nagenoeg steeds een kapitaaldeelname door de moeder in de dochter is – een definitie van de moeder/dochterverhouding in termen van kapitaal – of liever in termen van stemrecht – duidelijker zou zijn

en de benadering van de Commissie als (te) perfectionistisch moet worden aangemerkt.<sup>19</sup> Terecht heeft Timmermans gesteld<sup>23</sup>, dat het gebruik van een zelfde concernbegrip wellicht niet voor alle rechtsgebieden mogelijk zal zijn, doch dat om redenen van duidelijkheid en ter vermijding van ongerechtvaardigde verschillen in behandeling steeds naar een zo uniform mogelijk begrippenstelsel moet worden gestreefd.

### 3. De concernonderneming

De centrale leiding — ongeacht de bron waaruit de hiervoor noodzakelijke zeggenschap voortvloeit; als regel de aandelenparticipatie — verbindt de juridisch zelfstandige concernmaatschappijen tot een economische, financiële en organisatorische eenheid, waardoor de tot een concern behorende vennootschap geen eigen onderneming drijft, doch deel uitmaakt van de concernonderneming.

De structuur van zodanige concernonderneming kan echter zeer grote verschillen vertonen, voornamelijk afhankelijk van het feit of het concern ontstaan is door een horizontale of verticale fusie in economische zin. Bij een (vaak verticaal opgebouwd) gecentraliseerd concern, waarin een integratie van ondernemingen uit opeenvolgende bedrijfstakken binnen een zelfde bedrijfskolom heeft plaatsgevonden, zullen de activiteiten van de juridisch zelfstandige vennootschappen volledig te vergelijken zijn met de verschillende afdelingen van één bedrijf.<sup>24</sup> In bedrijfseconomisch opzicht wordt hiermee dan ook beoogd de opeenvolgende delen van één proces samen te brengen in één onderneming. In deze situatie kunnen slechts geconsolideerde jaarstukken inzicht verschaffen in de bedrijfsvoering. Bij een horizontaal opgebouwd concern echter, waarin ondernemingen zijn samengebracht die zich naast elkaar in de bedrijfskolom bevinden, zal in meerdere of mindere mate van decentralisatie (en dus van meerdere zelfstandigheid) sprake kunnen zijn. Met de schaalvergroting wordt, naast beperking van de onderlinge concurrentie ter versteviging van de marktpositie, in bedrijfseconomisch opzicht vooral beoogd tot parallellisatie te komen<sup>24</sup>, die tot risicospreiding en vergroting van het assortiment leidt.

In organisatorisch opzicht verschilt de positie van de dochtermaatschappij naar gelang van de omvang van de participatie door de moedermaatschappij.<sup>25</sup> Volledige dochtermaatschappijen zullen afhankelijk zijn van de (in principe onbeperkte) beslissingsbevoegdheid van de centrale concernleiding. De omvang en gedetailleerdheid van de instructies en derhalve de feitelijke zelfstandigheid zullen echter door andere factoren worden bepaald. Met name de aard van de ondernemingsactiviteiten en de personele verhoudingen, doch vooral de zojuist genoemde verschillen in de mate van (de)centralisatie van de concernorganisatie zijn hierbij van belang. Ter verzekering van de eenheid zullen normaliter benoeming en ontslag van de bestuurders van de dochtermaatschappij, vaststelling van de jaarrekening, winstbestemming en investeringsbeleid vooral door de centrale leiding worden bepaald.<sup>26</sup> Bij meerderheidsdeelnemingen zal de concernleiding bij haar beslissingen rekening moeten houden met de belangen en rechten van de minderheidsaandeelhouders. Binnen de huidige Neder-



landse wetgeving staan immers meerdere rechten en rechtsmiddelen ter beschikking van de minderheidsaandeelhouders, zoals de vernietigbaarheid van besluiten op grond van de goede trouw, de actie uit onrechtmatige daad en de rechten met betrekking tot de bepalingen over inrichting en publikatie van de jaarrekening en het enquêterecht.<sup>27</sup>

Deze aspecten van de algemene concernproblematiek zullen, zoals in de inleiding aangegeven, in het kader van deze studie niet worden behandeld.

Het bestuur van de desbetreffende concernmaatschappij zal zich in geval van de aanwezigheid van minderheidsaandeelhouders zelfstandiger kunnen opstellen en onderlinge transacties zullen in principe op verantwoorde basis dienen plaats te vinden, zodat de mogelijkheid van uitholling van de desbetreffende vennootschap en derhalve benadeling van de minderheidsaandeelhouders is weggenomen.<sup>28</sup> Uiteraard zal binnen de concernverhouding ook aan de waarborging van de rechten van derden, zoals crediteuren en werknemers, aandacht moeten worden geschonken, doch dit geldt zowel voor volledige dochtermaatschappijen als voor meerderheidsdeelnemingen.<sup>29</sup>

In de literatuur bestaat verdeeldheid over de vraag of een joint venture van twee concerns, in de vorm van een vennootschap waarin ieder concern voor 50% participeert, tot (één van) deze concerns kan worden gerekend.<sup>30</sup> Naar mijn opvatting zullen over het algemeen de partners slechts gezamenlijk het beleid kunnen bepalen in de joint venture, zodat deze vennootschap niet onderworpen is aan de centrale leiding van één der concerns en derhalve tot geen van beide concerns behoort.<sup>31</sup>

Zelfs een volledige participatie vormt echter geen garantie dat de aandeelhouder daadwerkelijk een centrale leiding zal uitoefenen om richting te geven aan een gezamenlijke ondernemingsactiviteit. De aandelenparticipatie kan uit een uitsluitend financiële interesse (bijvoorbeeld in het kader van een beleggingsactiviteit) zijn ontstaan. Van een gezamenlijke concernonderneming zal dan geen sprake zijn. Ook ingeval van een conglomeraat kan dikwijls niet van één concernonderneming worden gesproken. Geconsolideerde jaarstukken zullen dan ook bij een conglomeraat het inzicht bepaald niet vergroten.<sup>32</sup> Vandaar dat zowel in het Duitse concernrecht als in de EG-(ontwerp-)richtlijnen op dit gebied de centrale leiding en niet de aandelenparticipatie bepalend is.

De gezamenlijke concernonderneming vormt, zoals uiteengezet in het eerste deel van deze studie, de rechtsgrond voor de fiscale eenheid. Hoewel de vennootschapsbelasting, evenals het vennootschapsrecht, primair aansluiting zoekt bij het juridisch zelfstandige lichaam als rechtsvorm voor een (veronderstelde) zelfstandige ondernemingsuitoefening, zal in concernverhoudingen de gezamenlijke concernonderneming als object moeten dienen bij de belastingheffing over de ondernemingswinst van niet-natuurlijke personen. De fiscale eenheid geldt echter uitsluitend voor volledige dochtermaatschappijen, zodat dit regime slechts gedeeltelijk aansluit bij het concernbegrip en de concernonderneming, zoals hiervoor behandeld. De consequenties van deze conclusie worden in hoofdstuk VI uiteengezet.

#### 4. De concernjaarrekening

Bij het ontwerp voor een Zevende EG-richtlijn inzake de concernjaarrekening wordt door de Commissie opgemerkt dat de jaarrekening van vennootschappen die tot een concern behoren op zichzelf beschouwd geen getrouw beeld kunnen geven van de situatie waarin deze vennootschappen verkeren. Een concernjaarrekening moet worden opgesteld teneinde een getrouw beeld te geven van de economische eenheid waaruit het concern bestaat. De ondernemingseenheid van het concern leidt derhalve tot een geconsolideerde jaarrekening van de gehele concernonderneming.

De thans geldende bepalingen inzake de geconsolideerde jaarrekening berusten op de Wet op de jaarrekening van ondernemingen 1970, die met een beperkt aantal wijzigingen in 1976 als titel 6 in het nieuwe Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek werd opgenomen. In het wetsontwerp tot aanpassing van de wetgeving aan de Vierde EG-richtlijn, inzake het vennootschapsrecht, worden deze bepalingen (in enigszins aangepaste vorm) gehandhaafd in afwachting van de reeds genoemde Zevende EG-richtlijn.

Bij de interpretatie van de huidige bepalingen zijn de (ontwerp)-Richtlijnen voor de jaarrekening, samengesteld door de Raad voor de Jaarverslaggeving van de organisaties van werkgevers, werknemers en accountants (voorheen: het zgn. Tripartiete Overleg) mede van belang als gewoonterecht in ontwikkeling.<sup>33</sup> In de (ontwerp)-Richtlijnen samengesteld door de Raad voor de Jaarverslaggeving (de Raad) zijn zowel de uitspraken van de Ondernemingskamer van het Hof te Amsterdam, de arresten van de Hoge Raad, als de Internationale Standaarden voor de jaarrekeningen, uitgegeven door het Internationaal Accounting Standards Committee (IASC) verwerkt.

Volgens artikel 303 van de Richtlijn van de Raad betreffende de deelnemingen en de resultaten uit deelnemingen, dienen in het algemeen zowel meerderheidsdeelnemingen als deelnemingen waarin de rechtspersoon slechts een 50%-belang heeft te worden geconsolideerd. Van een meerderheidsdeelneming is sprake als de moedermaatschappij rechtstreeks en/of middellijk voor méér dan de helft in het geplaatste kapitaal van de onderneming deelneemt. Deze opvatting gaat veel verder dan het huidige artikel 319 Boek 2 BW dat slechts ziet op meerderheidsdeelnemingen en bovendien consolidatie facultatief stelt.

Volgens de derde standaard van het IASC dient de consolidatie in principe alle, buitenlandse en binnenlandse dochtermaatschappijen te omvatten. Als criterium geldt de beheersing door de moedermaatschappij, die wordt verondersteld indien de moedermaatschappij rechtstreeks of middellijk méér dan de helft van de stemrechten in de andere vennootschap bezit.

In het ontwerp voor een Zevende EG-richtlijn ten slotte wordt eveneens de feitelijke beheersing (dominerend) als criterium gehanteerd. Het (weerlegbaar) vermoeden hiervan bestaat niet slechts bij de meerderheid der stemrechten, doch eveneens bij de meerderheid van het geplaatste kapitaal en het kunnen benoemen van méér dan de helft van de bestuurders of van de raad van commissarissen.

De verschillen tussen de consolidatiecriteria van de genoemde (ontwerp)rege-



lingen berusten op het in § 2 geschetste verschil in zienswijze met betrekking tot de concernfiguur, dat aan deze regelingen ten grondslag ligt.

De geconsolideerde jaarrekening komt normaliter tot stand door integrale samenvoeging van de jaarrekeningen van de moeder- en dochtervennootschappen onder eliminatie van de onderlinge verhoudingen (deelnemingsrelaties, onderlinge vorderingen en schulden en onderlinge transacties), met afzonderlijke vermelding van het minderheidsbelang van derden in het vermogen en de resultaten. Daartoe zullen de in de consolidatie begrepen jaarrekeningen met toepassing van dezelfde waarderingsvoorschriften en op dezelfde datum moeten worden opgesteld.<sup>34</sup> Proportionele consolidatie, waarbij de vermogensbestanddelen en de resultaten naar evenredigheid van de aandelenparticipatie worden geconsolideerd, komt zelden voor.<sup>35</sup> In artikel 18 van het voorstel voor een Zevende EG-richtlijn wordt deze consolidatiemethode, bij wijze van uitzondering, toegestaan voor joint ventures.

De geconsolideerde jaarrekening wordt primair ten behoeve van de aandeelhouders van de moedermaatschappij opgesteld; zij vormt tevens een belangrijke informatiebron voor derden (crediteuren, werknemers etc.), die belang hebben bij de gehele concernonderneming. Hoewel de geconsolideerde jaarrekening wel het inzicht in deze concernonderneming vergroot, gaat het inzicht in het functioneren van de afzonderlijke vennootschappen, die binnen het concern toch in meerdere of mindere mate zelfstandig kunnen zijn, geheel verloren.<sup>36</sup> In de toelichting bij het voorstel voor een Zevende EG-richtlijn kwalificeert de Commissie de geconsolideerde concernjaarrekening dan ook als een vergaarbak, waarin veel interessante informatie teloor gaat. Dit betreft met name de eliminatie in de balans en verlies- en winstrekening van de resultaten uit intra-concern transacties. Deze zienswijze wordt gedeeld door de Financial Accounting Standard Board in 'Financial reporting for segments of a business enterprise'.<sup>37</sup>

Publikatie van de afzonderlijke jaarrekeningen, naast de geconsolideerde jaarrekening, blijft noodzakelijk, mede in het belang van degenen die betrokken zijn bij de afzonderlijke dochtermaatschappijen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan op de resultaten van de afzonderlijke concernmaatschappijen betrekking hebbende tantième- en andere winstdelingsregelingen. In het ontwerp voor een Zevende EG-richtlijn zullen deelconcernjaarrekeningen voor de complementaire informatie moeten zorgen.

Het huidige BW bevat echter in Boek 2 (o.m. in artikel 343), vrijstellingen voor een dochtermaatschappij van de voorschriften ten aanzien van haar eigen jaarrekening, mits deze jaarrekening in de geconsolideerde jaarrekening is verwerkt, onder verstrekkende voorwaarden ter bescherming van crediteuren en minderheidsaandeelhouders.

Een meerderheid van de SER is echter van mening dat deze vrijstellingen (thans samengevat in artikel 403 van het wetsontwerp tot aanpassing van de wetgeving aan de Vierde EG-richtlijn) in een Zevende richtlijn dienen te verdwijnen. De door de Commissie in artikel 6bis voorgestelde algemene vrijstelling van de deelconsolidatieplicht, indien voor het gehele concern een concernjaarrekening wordt opgesteld, eveneens onder voorwaarden zoals de instem-

ming van alle minderheidsaandeelhouders van de desbetreffende dochtermaatschappij en aansprakelijkstelling van de moedermaatschappij voor de door de dochtermaatschappij aangegane verplichtingen, wijst overigens in een geheel andere richting.

Ik deel echter de opvatting van Meeles<sup>38</sup> dat de bescherming van de belangen van (minderheids-)aandeelhouders in, of werknemers en crediteuren van de afzonderlijke concernvennootschappen slechts voldoende gewaarborgd is, indien niet alleen de moedervennootschap zich aansprakelijk stelt voor de schulden van de geconsolideerde vennootschap, doch ook de andere concernvennootschappen dat zouden doen.



## Noten

1. Zie C.AE. Uniken Venema (2), blz. 585.
2. De dissertatie van D.J. Sannes (1) vormt in dit opzicht een uitzondering.
3. Het concern(recht) staat in de literatuur de laatste jaren in toenemende mate in de belangstelling. In dit verband moge ik volstaan met te verwijzen naar:  
P.P. van Berkum (1), blz. 214 e.v.  
W.K. Franken (1)  
E.J.J. van der Heijden/W.C.L. van der Grinten (1), nr. 85  
H.J.M.N. Honée (1)  
J.J.M. Maeijer (1), blz. 235 e.v.  
A. van Oven (1), blz. 119 e.v.  
A. Pitlo/F.J.W. Löwensteyn (1), blz. 102 e.v.  
J.G.C. Raaijmakers (1) en (2)  
H.L.J. Roelvink (1)  
P. Sanders (1), blz. 162 e.v.  
P. van Schilfgaarde (1), blz. 235 e.v.  
W.J. Slagter (1), blz. 431 e.v.  
A.G. van Solinge (1), blz. 51 e.v.  
C.W.A. Timmermans (1), blz. 1 e.v.  
C. AE. Uniken Venema (1), blz. 265 e.v. en (2), blz. 583 e.v.  
W. Westbroek (1).
4. H.J.M.N. Honée (1).
5. In meer positieve zin: M.J.G.C. Raaijmakers (1), blz. 87.
6. Op 4 mei 1976 door de Commissie bij de Raad ingediend en gepubliceerd in het EG-Bulletin Supplement 9/76.
7. Het eerste gedeelte van het voorontwerp werd in 1974 gepubliceerd (Doc XI/328/74) en het tweede gedeelte in 1975 (Doc XI/593/75).
8. 'Voorontwerp voor een concernrichtlijn', De NV, 56e jaargang, blz. 77.
9. Publikatieblad van de EG van 14 augustus 1978, nr. L 222.
10. W.K. Franken (1), noot 17 op blz. 23.  
H.J.M.N. Honée (1), blz. 1.  
Sectie Vennootschapsrecht van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen (1), blz. 74.  
Löwensteyn noemt de term 'concern' een niet-juridisch verzamelbegrip.  
A. Pitlo/F.J.W. Löwensteyn (1), blz. 102.
11. Samengevat door M.J.G.C. Raaijmakers (1), blz. 80.
12. C. AE. Uniken Venema (1), blz. 275.
13. H.J.M.N. Honée (1), blz. 1.
14. A. Pitlo/F.J.W. Löwensteyn (1), blz. 104.
15. Zie H. Beckman en C.A. Buningh (1), blz. 132.
16. De uitbreiding van het begrip dochtermaatschappij tot de VOF en de CV zal, gezien het ontbreken van subjectieve belastingplicht voor deze vennootschappen, niet zonder meer kunnen gelden voor de vennootschapsbelasting.
17. Tweede Kamer, zitting 1979/80, nr. 16326.
18. In de toelichting op de Nota van Wijzigingen, betreffende het wetsontwerp tot aanpassing van de wetgeving aan de vierde EG-richtlijn, wordt echter volgens Wessel reeds gesuggereerd dat het element zeggenschap in feit een essentiale van het begrip dochtermaatschappij is. P.A. Wessel (1), blz. 85.
19. Zie de opmerkingen van de Sectie Vennootschapsrecht van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen (1), blz. 77.
20. Voorstel voor een Zevende Richtlijn, artikel 3, eerste lid.
21. SER-advies van 15 juni 1979 inzake de Zevende richtlijn betreffende de concernjaarrekening.
22. Groupe d'Etudes (1), blz. 175.

23. C.W.A. Timmermans (1), blz. 2.
24. Vergelijk M.V.M. van Leeuwe en W.C.L. van der Grinten (1), blz. I-1 e.v.
25. In gelijke zin: C.AE. Uniken Venema (1), blz. 268 en M.J.G.C. Raaijmakers (1), blz. 83.
26. M.J.G.C. Raaijmakers noemt in zijn preadvies (2), blz. 21, de benoeming van het bestuur en de vaststelling van de jaarrekening de meest essentiële bevoegdheden in concernverhoudingen.
27. Voor een nadere uiteenzetting van deze rechten en rechtsmiddelen moge ik volstaan met te verwijzen naar W.K. Franken (1), blz. 298 e.v.
28. M.J.G.C. Raaijmakers (1), blz. 84.
29. Dit aspect van de concernproblematiek heeft uiteraard ook fiscale consequenties, die in het kader van deze monografie buiten beschouwing moeten blijven.
30. M.J.G.C. Raaijmakers, die deze vraag bevestigend beantwoordt, geeft in zijn dissertatie (1) een uitvoerige uiteenzetting van deze problematiek, alsmede van de opvattingen hierover in de literatuur.
31. In gelijke zin: H.J.M.N. Honée (1), blz. 58.
32. De opmerking van Meeles: 'dat consolidatie van de jaarcijfers van geheel verschillende ondernemingen voor het verstrekken van relevante informatie een vrij zinloze zaak is' kan ik dan ook volledig onderschrijven. D.A.M. Meeles (5), blz. 205.
33. Zie J.W. Schoonderbeek (1), blz. 8.
34. Overeenkomstig de algemene beginselen opgenomen in de artikelen 13 t/m 15 van het voorstel voor een Zevende EG-richtlijn.
35. Zie H. Beckman en C.A. Buningh (1), blz. 137.  
In de procedure betreffende de jaarrekening 1975 van Ultramarco BV noemt de OK de proportionele consolidatie een ongebruikelijk stelsel, dat veelal het verlangde inzicht dat de jaarrekening dient te geven zal vertekenen en dat slechts in uitzonderlijke gevallen aanvaardbaar is. In zijn bespreking van deze uitspraak stelt Meeles (5) dat de OK de consolidatie-ziekte, waaraan het ontwerp Zevende Richtlijn lijdt, duidelijk heeft afgewezen.
36. Terecht heeft Meeles opgemerkt dat: 'Consolidatie dient om inzicht in de jaarrekening te vergroten, niet om te versluieren. In zoverre acht ik zelfs ook de ontwerp-Richtlijn van het Tripartiete Overleg hoofdstuk 2.0.3, § 303 te ver gaan.' D.A.M. Meeles (5), blz. 204 en 205.
37. Vergelijk H.C. Verlage (1), blz. 82.
38. D.A.M. Meeles (5), blz. 205.



## Fiscale concernregelingen van andere EG-Staten

### 1. Inleiding

Een oordeel over de gewenste ontwikkeling van de fiscale eenheid als concernregeling (in hoofdstuk VI) zou, indien vergelijkbare fiscale concernregelingen in andere landen niet in de beschouwing worden betrokken, een eenzijdig karakter kunnen dragen. Vandaar dat in dit hoofdstuk de voornaamste vergelijkbare concernregelingen van de andere EG-Staten in hoofdlijnen zullen worden weergegeven. Vergelijkbaar zijn slechts die regelingen, waarbij een zekere mate van juridische zelfstandigheid van de concernmaatschappijen, naast de (eventueel gedeeltelijke) consolidatie van resultaten en/of vermogensbestanddelen tot de wezenlijke kenmerken behoren.

In de navolgende paragrafen worden de concernregelingen van Engeland, Frankrijk, Denemarken en Duitsland, die aan dit criterium beantwoorden, globaal uiteengezet. De fiscale regelingen van de EG-Staten gericht op de juridische fusie liggen buiten het onderwerp van deze studie. Ná een juridische fusie zal, gezien de volledige juridische éénwording, immers niet langer van een concern (en dus van een concernregeling) sprake kunnen zijn, omdat slechts één vennootschap overblijft. Deze regelingen – waaronder ook een eventuele toekomstige Nederlandse regeling op dit terrein – hebben uitsluitend betrekking op de fiscale problemen die de juridische fusie oproept als gevolg van de vermogensovergang (onder algemene titel) en zijn derhalve wel met artikel 14, doch niet met artikel 15 Wet Vpb. vergelijkbaar. In § 3 van hoofdstuk VI wordt hierop nog kort teruggekomen.

### 2. Engeland<sup>1</sup>

De fiscale wetgeving van het Verenigd Koninkrijk bevat enige specifieke regelingen, waarin rekening wordt gehouden met het bestaan van concernverhoudingen. Het betreft de navolgende onderwerpen:

- group relief (verliesoverdracht);
- inter-group transfers of capital assets (intra-concerntransacties);
- group income (intra- concerndividenden);
- surrender of ACT (overdracht van surplus ACT).

## 2.1. *Group relief*

De 'Group relief'-regeling schept onder meer de mogelijkheid dat tussen geïleerde maatschappijen verliesoverdracht plaats vindt, waardoor er in feite sprake is van een vorm van horizontale verliescompensatie binnen het concern. Het overdraagbaar verlies kan bestaan uit trading losses en capital allowances (afschrijvingen), doch capital losses vallen buiten de regeling (zie onderdeel 2.2 hierna). De verliescompensatie door middel van verliesoverdracht is beperkt tot de resultaten behaald in hetzelfde boekjaar of een deel hiervan, zodat verliezen van andere jaren niet overdraagbaar zijn. Mochten de boekjaren van de betreffende maatschappijen niet geheel samenvallen, dan kan slechts een dienovereenkomstig deel van het verlies dat de overdragende maatschappij (surrendering company) in het boekjaar geleden heeft aan de overnemende maatschappij (claimant company) worden overgedragen. Bij 10 samenvallende boekmaanden (bijvoorbeeld: boekjaar verlieslijdende maatschappij 1 januari – 1 januari boekjaar winstgevende maatschappij 1 maart – 1 maart), zal dus slechts 10/12 gedeelte van het verlies overdraagbaar zijn. De beperking tot de corresponderende boekingsperiode houdt tevens in, dat de maatschappij die het verlies overneemt, dit met haar eigen winst van hetzelfde boekjaar moet compenseren (dus zonder recht op carry back of carry forward). Group relief wordt, binnen twee jaar na afloop van het betreffende boekjaar, door de winstmakende maatschappij(en) aangevraagd met toestemming van de verlieslijdende maatschappij, voor het gehele verlies of een gedeelte hiervan. Een eventuele tegenprestatie voor de verliesovername is fiscaal irrelevant.

Hoewel deze regeling dus enerzijds beperkter is dan de horizontale verliescompensatie, die binnen de Nederlandse fiscale eenheid tot stand komt, waarbij immers een volledig concernresultaat ontstaat, heeft zij anderszins een ruimere werking omdat de regeling niet beperkt is tot 99%-dochtermaatschappijen. Onder concern (group) moet in het kader van deze regeling worden verstaan: een binnenlandse moedermaatschappij te zamen met haar binnenlandse dochtermaatschappij(en), waarin zij direct of indirect tenminste 75% van de aandelen bezit. Bovendien geldt deze regeling eveneens voor maatschappijen die behoren tot een consortium. Hiervan is sprake als het gehele aandelenkapitaal van een binnenlandse maatschappij aan maximaal vijf andere binnenlandse maatschappijen toebehoort. Slechts als de gemeenschappelijke dochtermaatschappij een werkmaatschappij (trading company) is, niet voor 75% of meer toebehorend aan één der moedermaatschappijen, en ingeval de gemeenschappelijke dochtermaatschappij voor 90% (of meer) een dochter/werkmaatschappij is van een holdingmaatschappij, die in het bezit is van het consortium (mits niet voor 75% of meer toebehorend aan één van de moedermaatschappijen)<sup>1</sup> komt het verlies van de gemeenschappelijke dochtermaatschappij voor group relief in aanmerking. De consortiummaatschappijen (als claimant companies) kunnen niet méér verlies claimen dan overeenkomt met hun aandelenbezit.



## 2.2. *Inter-group transfers of capital assets*

De Engelse vennootschapsbelasting vormt (in aangepaste vorm) een combinatie van de Engelse inkomstenbelasting op handelswinsten en de vermogenswinstbelasting (capital gains tax). De onderhavige faciliteit heeft – in tegenstelling tot de hiervóór beschreven group relief-regeling – uitsluitend betrekking op de vermogenswinst.

Het 'group' begrip van deze regeling is echter gelijk aan dat van de 'group relief' regeling, omvat dus de moedermaatschappij en al haar binnenlandse dochtermaatschappijen, waarin zij direct of indirect 75% of meer van de aandelen bezit. De regeling beoogt (globaal omschreven) intercompany transacties te elimineren door bij vervreemding van 'capital assets' (alle zaken zowel roerend als onroerend, lichamelijk als onlichamelijk) binnen de groep vermogenswinst te voorkomen door de onderlinge prestaties tegen een 'no gain, no loss' prijs (in het algemeen tegen de boekwaarde) te verrichten. De vermogenswinst wordt immers gevormd door het verschil tussen de opbrengst en de boekwaarde van iedere zaak afzonderlijk. Op het principe van deze regeling bestaan enige uitzonderingen, die vooral betrekking hebben op gevallen waarbij een vervreemding geacht wordt te hebben plaatsgevonden. De belangrijkste uitzondering wordt echter gevormd door de vervreemding van een zaak, die wel deel uitmaakt van de handelsvoorraad (waarvoor speciale regels gelden) van de vervreemder, doch niet van de verkrijger of omgekeerd. Alsdan wordt de vervreemder (resp. verkrijger) geacht de zaak aan de handelsvoorraad te hebben onttrokken (resp. toegevoegd) tegen de marktwaarde in plaats van de 'no gain, no loss' prijs.

Een ander aspect van deze regeling wordt gevormd door de uitbreiding die wordt gegeven aan de 'roll-over' bepalingen (enigszins te vergelijken met de Nederlandse vervangingsreserve). Bij deze faciliteit (praktisch alleen van belang voor grond en gebouwen), waarbij eveneens een 'no gain, no loss' prijs mag worden aangehouden ingeval de gehele opbrengst van de betreffende bedrijfsmiddelen wordt benut voor de aanschaf van één of meer soortgelijke in de onderneming te gebruiken bedrijfsmiddelen, geldt de group als één onderneming, zodat de vervreemding en de aanschaf door verschillende group-maatschappijen kunnen geschieden mits behorend tot dezelfde group, uiteraard indien aan de overige vereisten is voldaan.

De regeling kent eveneens een anti-misbruik bepaling. Indien een maatschappij binnen 6 jaar na ontvangst van een zaak tegen een 'no gain, no loss' prijs de group verlaat (liquidatie uitgezonderd), dan wordt een fictieve vervreemding aangenomen per het verkrijgingstijdstip, direct gevolgd door een fictieve verkrijging tegen de marktwaarde, tenzij de zaak inmiddels behoort tot de handelsvoorraad. Werden tegen een 'no gain, no loss' prijs aandelen van een group-maatschappij aan een andere group-maatschappij overgedragen en verlaat de maatschappij, waarvan de aandelen werden overgedragen, binnen 6 jaar na overdracht de group, dan geldt dezelfde regeling. Zoals vermeld vallen capital losses buiten de 'group relief' regeling, echter hetzelfde doel (horizontale verliescompensatie) kan worden bereikt door concentratie van capital assets met

latente verliezen en capital assets met latente winsten tegen de 'no gain, no loss' prijs in één group-maatschappij. Bij latere vervreemding zal rekening moeten worden gehouden met de hiervóór vermelde 6 jaars termijn.

Daar de hiervóór (globaal omschreven) regeling, zoals vermeld, uitsluitend betrekking heeft op vermogenswinsten, zijn de resultaten uit de overige inter-company transacties (handelswinsten), anders dan in de Nederlandse regeling, wel van belang voor de belastingheffing.

### *2.3. Group Income*

Omdat in het Engelse belastingstelsel, in tegenstelling tot de Nederlandse fiscale eenheid, de concernmaatschappijen zelfstandig belastingplichtig blijven, moeten in principe alle maatschappijen A(dvance) C(orporation) T(ax) inhouden op hun uitkeringen. De ACT, een voorheffing op de vennootschapsbelasting, dient ter matiging van de 'dubbele heffing' op uitgedeelde vennootschapswinsten. Deze heffing kan enerzijds verrekend worden met de door de aandeelhouder-natuurlijk persoon verschuldigde inkomstenbelasting en anderzijds met de door de vennootschap verschuldigde vennootschapsbelasting.

Indien door een in het Verenigd Koninkrijk ingezetene maatschappij (bijv. moedermaatschappij) uitkeringen worden ontvangen van een andere Engelse vennootschap (bijv. dochtermaatschappij) ontstaat bij de moedermaatschappij 'franked investment income'. Ingeval de moedermaatschappij zelf aan ACT onderworpen uitkeringen verricht, betaalt deze maatschappij slechts ACT indien en voorzover deze uitdelingen en de ACT daarop ('franked payments') het door haar ontvangen 'franked investment income' overtreffen.

De onderhavige faciliteit schept (globaal omschreven) de mogelijkheid dat binnen een group uitkeringen kunnen worden verricht zonder dat daaraan fiscale gevolgen kleven. Indien een binnenlandse dochtermaatschappij aan haar binnenlandse moedermaatschappij (die ten minste direct of indirect 51% van haar gewone aandelenkapitaal bezit) of een 51%-zustermaatschappij een uitkering doet bestaande uit dividend, rente of een octrooiroyalty, wordt namelijk op verzoek van beide maatschappijen deze uitkering noch als 'franked payment' (bij de betaler), noch als 'franked investment income' (bij de ontvanger) aangemerkt, doch als 'group income' fiscaal volledig geïgnoreerd. Deze faciliteit geldt ook – echter uitsluitend voor dividend – als de dividend uitkerende (werk)maatschappij en de dividend ontvangende moedermaatschappij tot één consortium behoren. Een consortium is aanwezig als ten minste 75% van het gewone aandelenkapitaal van de betreffende (werk)maatschappij toebehoort aan maximaal vijf binnenlandse maatschappijen, die ieder minstens 5% van dat aandelenkapitaal in handen hebben.

### *2.4. Surrender of ACT*

Bij de in het vorige onderdeel besproken verrekening van ACT met de verschul-



digde vennootschapsbelasting gelden enige beperkingen. Compensatie met de vennootschapsbelasting die betrekking heeft op kapitaalwinst is bijvoorbeeld niet mogelijk en bij een excessieve uitkering kan niet meer ACT verrekend worden dan overeenkomt met de vennootschapsbelasting die over de in een bepaald boekjaar behaalde winst verschuldigd is. Hetzij door deze (en andere) beperkingen, hetzij doordat de maatschappij geen belastbaar inkomen heeft genoten, zal een surplus aan te verrekenen ACT kunnen ontstaan. Dit surplus kan d.m.v. carry back alsnog worden verrekend met de twee aan het betreffende boekjaar voorafgaande boekjaren, bovendien is een onbeperkte carry forward mogelijk.

Daarnaast bestaat d.m.v. de onderhavige faciliteit voor moedermaatschappijen de mogelijkheid het surplus ACT (uitsluitend betaald ter zake van dividenden) aan één of meer dochtermaatschappijen, waarin de moedermaatschappij tenminste 51% van het gewone aandelenkapitaal bezit, over te dragen. De betreffende dochtermaatschappij neemt alsdan de positie in van de moedermaatschappij, zodat zij naast de mogelijkheid van compensatie met de door haar verschuldigde vennootschapsbelasting tevens de carry forward (doch niet de carry back) faciliteit op deze ACT kan toepassen.

## 2.5. Conclusie

Het fiscale recht van het Verenigd Koninkrijk kent slechts enige specifieke bepalingen, waarin rekening wordt gehouden met het bestaan van concernverhoudingen. Evenals in de Nederlandse wetgeving ligt aan deze bepalingen een juridische benadering van de concernverhouding ten grondslag, gebaseerd op het 'central financial unit concept'. In tegenstelling tot de Nederlandse fiscale eenheid, die slechts betrekking heeft op volledige dochtermaatschappijen, gelden de Engelse bepalingen ook voor meerderheidsbelangen, doch de vereiste minimum-omvang van de participatie verschilt per regeling. Bij een consortiummaatschappij, waarin maximaal vijf binnenlandse maatschappijen kunnen participeren, zal echter vaak geen sprake zijn van een concernverhouding met de desbetreffende participanten, omdat geen der maatschappijen voldoende zeggenschap in de consortiummaatschappij zal kunnen uitoefenen.

De opzet van de Engelse regelingen is veel beperkter dan de Nederlandse fiscale eenheid, omdat de dochtermaatschappijen zowel subjectief- als objectief zelfstandig belastingplichtig blijven. Intra-concerntransacties zijn dan ook in principe volledig relevant bij de afzonderlijke winstbepaling der concernmaatschappijen. Ondanks de hiervóór beschreven faciliteiten voor concernmaatschappijen zal het totaal van de te belasten resultaten slechts een zeer onvolledige benadering van een geconsolideerd concernresultaat vormen. Evenals de fiscale eenheid gelden de Engelse concernbepalingen slechts voor binnen het (Verenigd Koninkrijk) gevestigde dochtermaatschappijen.

### 3. Frankrijk<sup>2</sup>

De Franse fiscale wetgeving kent twee regelingen die ten doel hebben de resultaten van juridisch zelfstandige concernmaatschappijen als één concernresultaat te presenteren, een internationale- en een nationale concernregeling. Door de nadruk welke Frankrijk legt op het territorialiteitsbeginsel, in die zin dat de Franse belastingheffing zich in beginsel alleen richt op de in Frankrijk behaalde winst, draagt de internationale regeling (omschreven in § 3.1) een geheel ander karakter dan de (in § 3.2 omschreven) nationale regeling.

#### 3.1. *Belastingheffing over de geconsolideerde wereldwinst (Régime du bénéfice consolidé)*

Het régime du bénéfice consolidé maakt in principe volledig inbreuk op het territorialiteitsbeginsel. In tegenstelling tot de Nederlandse fiscale eenheid is belastingheffing naar de geconsolideerde wereldwinst van het concern mogelijk, doch in de praktijk heeft het regime slechts een vrij geringe betekenis. Dit facultatieve regime, nader uitgewerkt in een decreet van 27 april 1977 (no. 77-443), is in feite slechts van belang voor (in de praktijk een klein aantal zeer grote multi-nationale) concerns, indien de internationale activiteiten (mede) indirect – d.w.z. door middel van een dochtermaatschappij of joint venture – geschieden.

Voor *uitsluitend* 'directe' activiteiten (d.m.v. een vaste inrichting) bestaat het verwante bénéfice mondial regime, dat hier verder buiten beschouwing kan blijven.

Met goedkeuring van het Ministerie van Economische Zaken en Financiën kunnen deze Franse multi-nationals de nationale en internationale resultaten van zowel buitenlandse dochtermaatschappijen als vaste inrichtingen consolideren met het eigen binnenlandse resultaat, waarin d.m.v. consolidatie eventueel de resultaten van binnenlandse dochtermaatschappijen begrepen kunnen zijn (zie onderdeel 3.2). Een verleende goedkeurende beschikking draagt in principe gedurende de overeengekomen looptijd een onherroepelijk karakter. Slechts ingeval het percentage van de *I*(mpôt sur les) *S*(ociétés) met meer dan 5 punten gewijzigd wordt is intrekking of wijziging mogelijk.

Uiteraard biedt dit regime het grote voordeel dat buitenlandse verliezen direct verrekend worden met binnenlandse winsten. Tevens blijft zodoende de belastingheffing van 50% over de winstuitdelingen afkomstig van buitenlandse dochtermaatschappijen (de *précompte*) achterwege.

Het regime kan worden toegepast op buitenlandse dochtermaatschappijen waarvan de directe of indirecte participatie in principe ten minste gelijk is aan 50% van de stemrechten, speciale gevallen uitgezonderd (bijv.: de wetgeving van de staat waar de dochtermaatschappij is gevestigd laat niet toe dat meer dan 49% van de aandelen in het bezit zijn van buitenlandse aandeelhouders of de aard van de uit te oefenen activiteiten noodzaakt tot een minderheidsparticipatie). In dit opzicht is de regeling dus aanzienlijk ruimer dan de Nederlandse fiscale eenheid, die nationaal beperkt is en ten minste een 99%-participatie eist.



Het geconsolideerde resultaat wordt echter verkregen door samenvoeging van de afzonderlijk bepaalde resultaten, waarbij enige specifieke bepalingen zorg dragen voor de eliminatie van dubbeltellingen, uitgekeerde dividenden en overdrachten tot stand gekomen tussen de leden van het concern.

De buitenlandse resultaten worden in principe volgens de *C(ode) G(énéral des) I(impôts)* bepaald met in achtneming van de navolgende bijzondere bepalingen:

- De openingsbalans van de buitenlandse dochtermaatschappij of vaste inrichting wordt, ter bepaling van de winst over het eerste boekjaar, vastgesteld naar de fiscale waarde die elk vermogensbestanddeel bezit volgens de buitenlandse wetgeving. Deze waarden worden vervolgens in francs omgerekend met gebruikmaking van de wisselkoers van kracht zijnde op de eerste dag waarop het regime van toepassing is. Vervolgens worden jaarlijks de waarden van het netto actief op de openingsdatum en de afsluitingsdatum omgerekend in francs op basis van de wisselkoersen van kracht zijnde op resp. deze beide data. De vaste activa worden echter op de balans opgevoerd hetzij met gebruikmaking van de wisselkoers geldend bij het opmaken van de openingsbalans, hetzij de wisselkoers per verkrijgingsdatum van deze vermogensbestanddelen.
- De buitenlandse resultaten die niet naar Frankrijk kunnen worden overgedragen worden niet in acht genomen.
- Bepaalde regels van de CGI, waarvan de toepassing nationaal beperkt is, zijn niet van kracht voor de belastingheffing van buitenlandse exploitaties (bijv. de voorziening voor koersverschillen en de voorziening voor prijsstijgingen).
- Bovendien kunnen andere bepalingen van de CGI slechts van kracht zijn na aanpassing van deze regels (bijv. de voorziening voor herstel van mijnschachten).

Ten einde dubbele belastingheffing te voorkomen kunnen de buitenlandse belastingen worden verrekend, echter uitsluitend als zij vergelijkbaar zijn met de IS en als zodanig in de goedkeurende beschikking vermeld staan. De verrekening is echter per land beperkt tot het bedrag aan Franse belasting dat verschuldigd zou zijn voor de winst ontstaan in elk van deze landen, bepaald volgens de Franse rechtsregels. De toepassing van deze beperking leidt ertoe dat iedere verrekening van buitenlandse belasting wordt geweigerd als het door de dochtermaatschappij of vaste inrichting behaalde resultaat, op bovenstaande wijze bepaald, negatief blijkt te zijn. De buitenlandse belasting kan in dat geval worden doorgeschoven gedurende maximaal vijf daarop volgende boekjaren. In het geval dat het bedrag aan IS, verschuldigd door de betrokken onderneming, ontoereikend is om de buitenlandse belastingen hierop in mindering te brengen, blijven deze belastingen verrekenbaar gedurende de vijf volgende boekjaren, maar zij kunnen niet leiden tot een teruggave.

### 3.2. *De concernregeling ingevoerd bij Loi 71-1025*

Krachtens artikel 209 van de CGI kan een Franse maatschappij, waarvan het kapitaal voor ten minste 95% direct of indirect in handen is van een andere Franse maatschappij, op verzoek worden geconsolideerd met de moedermaatschappij voor de heffing van de IS en de *précompte*. Het restant van de deelneming tot 100% dat niet in handen is van de moedermaatschappij moet verdeeld zijn binnen de groep, hetzij dat het zich bevindt in de portefeuille van de gevoegde dochtermaatschappij(en), hetzij dat het toevertrouwd is aan natuurlijke personen belast met bestuurlijke functies, zodat – evenals bij de Nederlandse fiscale eenheid – in principe het belang en de macht volledig in handen van de centrale concernleiding zijn.

Ook deze regeling heeft, anders dan de Nederlandse fiscale eenheid, een vrij beperkte actieradius. Het bijzondere regime is in principe voorbehouden aan nieuwe maatschappijen opgericht ter gelegenheid van bedrijfsconcentratie of van interne herstructurering van activiteiten binnen de groep in het kader van een rationele bedrijfsvoering. Bovendien wordt dit regime, dat is onderworpen aan de goedkeuring van de Minister van Economische Zaken en Financiën, in het algemeen slechts voor 5 jaar toegestaan. Het verzoek moet gezamenlijk worden gedaan door de moedermaatschappij en de dochtermaatschappijen en worden ingediend bij de algemene directie van de belastingen te Parijs vóór de concentratie of herstructureringsactiviteiten plaats vinden.

De fiscale consolidatie van de dochtermaatschappijen van het concern met de moedermaatschappij heeft tot gevolg dat de resultaten (positief of negatief) van de dochtermaatschappijen worden opgenomen in de resultaten van de moedermaatschappij voor de heffing van de IS. Alhoewel zij niet wordt beschouwd als belastingsubject blijft de dochtermaatschappij echter verplicht haar fiscale resultaten en de bijbehorende bescheiden te overleggen. De moedermaatschappij bepaalt en verstrekt eveneens haar resultaten. Vervolgens is zij verplicht de consolidering uit te werken door haar eigen fiscale resultaten te consolideren met de gevoegde maatschappijen, zodanig dat het gezamenlijke resultaat als grondslag kan dienen voor de heffing van de IS. Hierbij worden die correcties toegepast die noodzakelijk zijn om, hetzij een dubbele aftrek, hetzij een dubbele heffing te vermijden.

Het speciale regime heeft echter geen enkel gevolg voor de eventuele verplichtingen van de dochtermaatschappijen met betrekking tot de bepalingen van de Verordening van 17 augustus 1967, die betrekking heeft op de deelgerechtigdheid van de salaristrekken in de resultaten van de groei van de ondernemingen (de Franse VAD).

Bovendien is de administratie van mening dat de kosten, in het bijzonder de voorzieningen, dienen te worden bepaald op het niveau van iedere maatschappij afzonderlijk, rekening houdend met de rechtsregels die op haar van toepassing zijn en rekening houdend met de feitelijke elementen die haar eigen zijn. Aan de andere kant laat de belastingdienst in de goedkeurende beschikkingen een clausule opnemen volgens welke het bedrag van de verliescompensatie van de verliesgevende dochtermaatschappijen niet hoger kan zijn dan een derde deel



van de winsten van de winstgevende dochtermaatschappijen.

Als bijzondere bepalingen van dit regime kan ik nog noemen:

- Voorvoegingsverliezen blijven compensabel gedurende 5 jaar met dit voorbehoud dat zij slechts aangewend kunnen worden door de moedermaatschappij indien en voor zover de maatschappij die ze geleden heeft, bijdraagt aan de totale resultaten.
- Latere verrekening van in verliesperiodes uitgestelde afschrijvingen op het totaal van de gecompenseerde resultaten is slechts mogelijk indien en voor zover de maatschappij waarop ze betrekking hebben zelf aan een positief resultaat bijdraagt.
- Er kan een speciale reserve worden gevormd voor meerwaarden op lange termijn en een voorziening voor het herstel van mijnschachten.
- Bij terugkeer naar het normale regime kunnen de compensabele verliezen, uitgestelde afschrijvingen in verliesperiodes, de speciale reserves en voorziening niet door de moedermaatschappij aan de (klein)dochtermaatschappijen, die deel hebben uitgemaakt van de toegestane groep, worden overgedragen.

### 3.3. Conclusie

Aan beide, hiervóór besproken, Franse concernregelingen ligt weliswaar een juridische benadering van het concernbegrip ten grondslag, doch in de vaststelling van het concernbegrip verschillen beide regelingen aanzienlijk. De internationale concernregeling sluit op dit punt aan bij de omvang van de (aan de participatie te ontleen) stemrechten, waarbij de helft van de stemrechten (in sommige gevallen zelfs minder) als een voldoende basis voor de centrale concernleiding wordt beschouwd. De nationale concernregeling is in feite slechts van toepassing op volledige dochtermaatschappijen in die zin dat de zeggenschap en het financiële belang volledig in handen van de centrale concernleiding moeten zijn. In tegenstelling tot de Nederlandse fiscale eenheid geldt de goedkeuring van de minister van Economische Zaken en Financiën slechts voor een beperkte tijd.

De Franse concernregelingen hebben (anders dan de Engelse faciliteiten) wel tot gevolg dat slechts het geconsolideerde concernresultaat in de belastingheffing wordt betrokken, hetgeen geschiedt door integrale consolidatie van de resultatenrekeningen van de afzonderlijke concernmaatschappijen. Door de feitelijke beperkingen die in de Franse regimes worden aangebracht, zowel in de kring van de belastingplichtigen, de oorzaken van de concernverhoudingen als de omvang van de verliescompensatie, komen genoemde regelingen slechts gedeeltelijk tot hun recht.

## 4. Denemarken<sup>3</sup>

In principe wordt in Denemarken iedere maatschappij afzonderlijk belast. De-

nemarken kent echter een concernregeling, die vele overeenkomsten vertoont met de Nederlandse fiscale eenheid:

- Het regime kan slechts worden toegepast op een moedermaatschappij die, direct of indirect, alle aandelen bezit in de betreffende (klein)dochtermaatschappij(en).
- Voor de toepassing van het regime moet een verzoek worden ingediend bij de belastingadministratie.
- Het regime wordt niet met terugwerkende kracht verleend, doch het verzoek moet uiterlijk bij het indienen van de aangifte voor het betreffende belastingjaar worden ingediend.
- De fiscale boekjaren van de betrokken maatschappijen moeten samenvallen.
- De moedermaatschappij moet de aandelen in de dochtermaatschappij gedurende het gehele boekjaar in haar bezit hebben gehad of vanaf de oprichtingsdatum, indien de dochtermaatschappij in de loop van het boekjaar werd opgericht.

In menig opzicht zijn de voorwaarden echter stringenter:

- De maatschappijen moeten onder gemeenschappelijke leiding staan. Aan dit vereiste wordt voldaan als de directie van de dochtermaatschappij hoofdzakelijk uit dezelfde personen bestaat als de directie van de moedermaatschappij.
- De activiteiten, die door de afzonderlijke concernmaatschappijen worden ontplooid, moeten in voldoende mate met elkaar verband houden.
- Alle (ook de toekomstige) dochtermaatschappijen, die voldoen aan de voorwaarden voor geconsolideerde belastingheffing, moeten mede onderworpen zijn (c.q. worden) aan de regeling, tenzij ontheffing wordt verleend.
- Indien de betreffende maatschappijen zelf een vorige gezamenlijke belastingheffing verbroken hebben, zal een verzoek voor een hernieuwde geconsolideerde belastingheffing van deze maatschappijen slechts onder bijzondere omstandigheden worden toegestaan.

Anders dan bij de Nederlandse fiscale eenheid moet het resultaat van iedere concernmaatschappij eerst *afzonderlijk* worden bepaald, waarna door samenvoeging van deze afzonderlijke resultaten (positief of negatief) het geconsolideerde concernresultaat ontstaat. Hierbij worden intercompany dividenden geëlimineerd bij de moedermaatschappij, mits zij de belastbare winst (inclusief de aan de belastingheffing onderworpen vermogenswinsten) van de geconsolideerde maatschappijen niet te boven gaan, tenzij deze dividenden ontvangen werden gedurende het eerste jaar van de geconsolideerde belastingheffing. Ten aanzien van deze dividenden heeft de moedermaatschappij nog recht op de reductieregeling, die in Denemarken als deelnemingsvrijstelling fungeert.

Evenals in de Nederlandse regeling kunnen compensabele verliezen, die de afzonderlijke maatschappijen bij de aanvang van de geconsolideerde belastingheffing bezitten, slechts met toekomstige resultaten van de *desbetreffende* maatschappijen worden verrekend. Een op grond van de Deense belastingwetgeving gevormde investeringsreserve kan slechts worden aangewend door de



desbetreffende maatschappij; zij moet derhalve voor iedere maatschappij afzonderlijk worden bepaald. Na beëindiging van het regime kunnen verliezen die reeds binnen de groep gecompenseerd zijn niet individueel worden overgedragen. Het balansoverschot van de investeringsreserve van de groep moet proportioneel tussen de concernmaatschappijen worden verdeeld.

Bovenstaande regeling kan ook van toepassing worden verklaard op buitenlandse dochtermaatschappijen, mits de moedermaatschappij hierin zoveel aandelen bezit als maximaal is toegestaan door het land waar de dochtermaatschappij is gevestigd. Bovendien bestaan er een aantal speciale regels voor de geconsolideerde belastingheffing met buitenlandse dochtermaatschappijen, die vooral beogen onbedoelde beïnvloeding van de Deense bepalingen, betreffende reserveringen en afschrijvingen te voorkomen, als gevolg van de opname van buitenlandse dochtermaatschappijen in de regeling; zo kan geen vervroegde afschrijving worden toegepast op goederen besteld bij een buitenlandse dochter. De Deense moedermaatschappij kan verrekening claimen van in principe aan de dochtermaatschappij toekomende vrijstellingen ter voorkoming van dubbele belasting, maar niet van teruggave van belasting betaald op dividend ontvangen van dochtermaatschappijen.

De geconsolideerde belastingheffing met buitenlandse dochtermaatschappijen zal in de praktijk niet alleen van belang kunnen zijn door de rechtstreekse verliescompensatie, doch ook door de belastingvermindering, die het gevolg kan zijn van bovenvermelde belastingvrijstellingen.

### *Conclusie*

De Deense concernregeling, die evenals de Nederlandse fiscale eenheid uitsluitend geldt voor dochtermaatschappijen waarin de moedermaatschappij een volledige participatie bezit, vertoont ook overigens (zoals hiervóór beschreven) in opzet en uitwerking door de belastingadministratie veel overeenkomsten met de Nederlandse regeling. De Deense regeling bevat echter materiële bepalingen ter uitwerking van de 'interne' concernverhouding, zoals ten aanzien van de centrale leiding en de eenheid van de concernonderneming. Bovendien moeten, ter voorkoming van oneigenlijk gebruik, in principe alle dochtermaatschappijen die aan de voorwaarden van de regeling voldoen, in de geconsolideerde belastingheffing worden opgenomen. Evenals bij de Franse concernregelingen wordt het concernresultaat bepaald door integrale consolidatie van de resultatenrekeningen van de afzonderlijke concernmaatschappijen en bestaat de mogelijkheid dat de concernregeling van toepassing wordt verklaard op buitenlandse dochtervennootschappen.

## 5. Duitsland<sup>4</sup>

In Duitsland werd reeds kort na de Eerste Wereldoorlog in de rechtspraak van het Reichsfinanzhof en het Bundesfinanzhof de 'Organschaft' ontwikkeld. Een

Organschaft wordt geacht aanwezig te zijn, indien een onderneming zodanig economisch, financieel en organisatorisch beheerst wordt door een andere onderneming, dat deze economische eenheid zal leiden tot eenheid van resultaat. Deze eenheid van resultaat dient te leiden tot eenmalige belastingheffing over het gezamenlijke resultaat van deze juridisch zelfstandig gebleven subjecten.

Zoals reeds hiervóór vermeld was de rechtsgrondslag hiervoor niet in de Duitse fiscale wetgeving te vinden, zodat de op bladzijde 27 van dit geschrift weergegeven theorieën ontwikkeld werden om dit rechtsinstituut een dogmatische basis te verschaffen.

Tegenstrijdige jurisprudentie en literatuur veroorzaakten echter een zodanige rechtsonzekerheid, dat een wettelijke regeling van de Organschaft noodzakelijk werd. De fiscale regeling van de Organschaft werd opgenomen in § 7a van het Körperschaftsteuergesetz. Met deze regeling werd niet beoogd tot een geheel nieuwe opzet van de Organschaft te komen, doch uitsluitend het reeds ontwikkelde rechtsinstituut te codificeren, waarbij als basis de toerekeningstheorie werd gekozen. De splitsing in dat deel van het inkomen dat aan de orgaandrag(er)(moedermaatschappij) werd toegerekend op dat deel van het inkomen dat bij het orgaan (dochtermaatschappij) zelf belast was, is in de wettelijke regeling komen te vervallen. Thans wordt het gehele inkomen aan de orgaandrag(er) toegerekend, met uitzondering van vereffeningsbetalingen (dividendgarantie) aan minderheidsaandeelhouders (ook als deze betalingen door de orgaandrag(er) worden verricht). Deze toerekening vindt plaats als aan de vereisten gesteld in § 7a Körperschaftsteuergesetz wordt voldaan. Deze vereisten hebben betrekking op:

- de orgaandrag(er);
- het orgaan;
- de onderlinge band (Eingliederung);
- de inkomensoverdracht (Gewinnabführungsvertrag).

### 5.1. De orgaandrag(er)

Als orgaandrag(er) komen in aanmerking zowel een onbeperkt binnenlands belastingplichtig natuurlijk persoon, als een niet van belastingheffing vrijgestelde vennootschap, vereniging, doelvermogen of personenvennootschap in de zin van § 15 Einkommenssteuergesetz, mits leiding en zetel in het binnenland gevestigd zijn.

Uit deze opsomming blijkt dat, in tegenstelling tot de Nederlandse fiscale eenheid, de rechtsvorm van weinig betekenis is. Essentieel is echter dat de orgaandrag(er) een *onderneming* drijft, waarvan de onderneming van het orgaan een onzelfstandig deel uitmaakt en waarvoor de orgaandrag(er) onbeperkt binnenlands belastingplichtig is. Een zuivere holding, die geen onderneming drijft, zal dus geen orgaandrag(er) kunnen zijn.

Onder bepaalde voorwaarden kan ook een binnenlandse vaste inrichting van een buitenlandse onderneming als orgaandrag(er) fungeren.



Als meerdere (rechts)personen gezamenlijk *één onderneming* drijven, die een Organschaft vormt met een andere onderneming, dan zal ieder van deze (rechts)personen als orgaandragers fungeren (Mehrmütterorganschaft).

## 5.2. *Het orgaan*

Slechts kapitaalvennootschappen (Aktiengesellschaft of Kommanditgesellschaft auf Aktien) kunnen als orgaan optreden. De eis van onbeperkte belastingplicht is voor hen niet gesteld. Opname van vrijgestelde vennootschappen in een Organschaft zou echter tot gevolg hebben dat de vrijstelling komt te vervallen. Leiding en zetel van het orgaan moeten in het binnenland zijn gevestigd.

## 5.3. *De onderlinge band*

In tegenstelling tot de Nederlandse fiscale eenheid bevat de Duitse wettelijke regeling een aantal materiële vereisten. De orgaandragers dient het orgaan in financieel, organisatorisch en economisch opzicht zodanig te beheersen dat het orgaan een onzelfstandig onderdeel vormt van de onderneming van de orgaandragers en slechts juridisch een eigen bestaan leidt (die Eingliederung).

### a. De financiële integratie

De criteria voor deze financiële integratie worden duidelijk in § 7a Körperschaftsteuergesetz aangegeven; de orgaandragers moet zodanig betrokken zijn bij het orgaan dat hij in het bezit is van de meerderheid der stemrechten. Deze situatie moet ononderbroken bestaan vanaf het begin van het boekjaar. Een meerderheidsbelang (in de vorm van een meerderheidsparticipatie in het aandelenkapitaal) is dus niet vereist. Middellijk is aan het vereiste van de financiële integratie voldaan indien ieder der deelnemingen, waarop de middellijke deelname berust, de meerderheid der stemrechten waarborgt.

### b. De organisatorische integratie

§ 7a geeft geen criteria voor de organisatorische integratie, die eveneens vanaf het begin van het boekjaar ononderbroken aanwezig moet zijn. In de doctrine wordt dit vereiste omschreven als: de som van alle maatregelen, die erop zijn gericht de door de financiële integratie ontstane beheersmogelijkheid effectief te maken. Wel is in § 7a bepaald dat als tussen de betrokkenen een Beherrschungsvertrag (waarbij het orgaan zich contractueel onder de leiding van de orgaandragers stelt) gesloten is, of het orgaan (bij een 95%-belang) ingevolge SS 319 tot 327 van het Aktiengesetz een 'eingegliederte Gesellschaft' is, het onweerlegbare vermoeden bestaat dat de organisatorische integratie aanwezig is.

### c. De economische integratie

Dit vereiste, dat in de Duitse literatuur vaak als overbodig wordt gekenmerkt, is nauwelijks te definiëren. Ook in § 7a wordt geen definitie gegeven, doch slechts gesteld dat vanaf het begin van het boekjaar ononderbroken aan dit vereiste moet worden voldaan. Uit de jurisprudentie komen slechts vage criteria naar voren, zoals de 'innerwirtschaftliche Zusammenhang' en de 'wirtschaftliche Bedeutung der Betriebe füreinander', zodat dit vereiste ruim moet worden geïnterpreteerd. Van belang bij de beoordeling van de economische integratie (evenals bij de organisatorische integratie) is het totaalbeeld van de feitelijke verhoudingen.

### 5.4. De inkomensoverdracht

Toerekening van het inkomen van het orgaan aan de orgaandrager is slechts mogelijk als een Gewinnabführungsvertrag (in de zin van § 291 van het Aktiengesetz) tussen beiden gesloten is. Toerekening houdt in dat het orgaan subjectief belastingplichtig blijft en derhalve zelfstandig zijn winst vaststelt, waarbij intercompany profits niet kunnen worden geëlimineerd. Het Gewinnabführungsvertrag, dat de orgaandrager verplicht het verlies van het orgaan aan te zuiveren en het orgaan verplicht haar winst aan de orgaandrager af te staan, moet voor tenminste vijf jaar worden gesloten. Het Vertrag moet minimaal aan het einde van het eerste boekjaar van kracht worden en de tijdsduur van vijf jaar kan slechts dan worden verkort als gedurende de looptijd een zwaarwegend motief voor beëindiging naar voren komt.

### 5.5. Conclusie

Het in de jurisprudentie ontwikkelde instituut van de Organschaft (in het bijzonder de contractuele regelingen die ter uitvoering hiervan werden gesloten) heeft, zoals reeds vermeld in hoofdstuk IV, een belangrijke bijdrage geleverd aan de totstandkoming van het huidige materiële Duitse concernrecht, waarbij de wettelijke regeling van de Organschaft thans nauw aansluit. De regeling van de Organschaft wordt dan ook gekenmerkt door een strikt economische benadering van het concernbegrip, waarbij de ondernemingseenheid en derhalve de economische onzelfstandigheid van de (dochter)maatschappij(en) centraal staan. In dit verband is de daadwerkelijke beheersing door de orgaandrager, niet de participatie in het aandelenkapitaal van het orgaan, beslissend. Ter bepaling van deze 'Eingliederung' bevat de wettelijke concernregeling materiële vereisten, waaruit onder meer blijkt dat de regeling niet uitsluitend op volledige belangen doch eveneens op meerderheidsbelangen en zelfs op minderheidsbelangen van toepassing is, mits de centrale leiding door middel van de meerderheid der stemrechten de zeggenschap in de (dochter)maatschappij(en) uitoefent en de maatschappijen feitelijk geïntegreerd zijn in het concernverband. On-



danks de eventuele aanwezigheid van minderheidsaandeelhouders komt bij toepassing van de regeling van de Organschaft een integrale resultatenconsolidatie tot stand als gevolg van het vereiste Gewinnabführungsvertrag. Hieruit blijkt de sterk contractuele inslag van de Duitse fiscale concernregeling (evenals het gehele Duitse concernrecht), waardoor voor de orgaandragers verplichtingen ontstaan, ter bescherming van onder meer de belangen van de minderheidsaandeelhouders, zoals de verplichting tot het aanzuiveren van door de (dochter)maatschappij geleden verliezen en een dividendgarantie voor de minderheidsaandeelhouders.

## Noten

1. Zie: Simon's Taxes (1), 2.641 e.v.; M. Storz (1), p. 52 e.v.
2. Zie: F. Lefebvre (1), § 182 e.v.; B. Jadaud (1), p. 76 e.v.
3. Zie: Tax Management Inc. (1), B-1001 e.v.; T. Nielsen (1), p. 188 e.v.
4. Zie: Herman-Heuer (1), Anm. 1 – 136 § 7a, K 1 e.v.; W. Jurkat (1).



# De wenselijkheid van een gewijzigde opzet van de fiscale eenheid

## 1. Inleiding

In de huidige opzet van de fiscale eenheid worden de concernmaatschappijen geacht te zijn gefuseerd met de moedermaatschappij. Deze opzet heeft in het eerste deel van deze studie als uitgangspunt gediend bij de analyse van het regime en de conclusies betrekking hebbend op de door mij bepleite integrale wettelijke regeling van de fiscale eenheid.

Ter afsluiting van deze studie zal hierna worden ingegaan op de vraag of aan de, in dit deel geschetste, ontwikkelingen van het algemene concernrecht en de concernregelingen van de andere EG-Statens, elementen zijn te ontlelen voor een zodanige herziening van het fiscale-eenhedsregime, dat dit beter beantwoordt aan de ontwikkelingen in de concernvorming.

## 2. Juridische of economische benadering van de concernproblematiek

De concernproblematiek kan vanuit twee verschillende invalshoeken worden benaderd. In § 2 van hoofdstuk IV heb ik in dit verband gesproken over de juridische en de economische benadering. In de eerstgenoemde benaderingswijze staat vooral het, aan de aandelenparticipatie te ontlelen, *belang* van de moedermaatschappij in de dochtermaatschappij(en) centraal (het zgn. 'central financial unit concept'). De economische benadering is daarentegen gebaseerd op de *verantwoordelijkheid* van de moedermaatschappij, als gevolg van de beslissende invloed die zij op de dochtermaatschappij(en) kan uitoefenen (het zgn. 'operational unit concept').

Het Nederlandse 'concernrecht' heeft zich ontwikkeld op basis van het central financial unit concept, zoals o.a. blijkt uit artikel 319 Boek 2 BW, waarin aan moedermaatschappijen een consolidatiemogelijkheid wordt geboden voor vennootschappen waarin zij een belang van méér dan 50% van het aandelenkapitaal bezitten. Zelfs concernregelingen waarbij niet het belang, maar de verantwoordelijkheid van de concernleiding voorop staat, zoals de concernregeling in de Wet op de ondernemingsraden, zijn op juridische leest geschoeid.

In navolging van het Duitse concernrecht ontwikkelt het concernrecht van de EG zich in economische richting. Dit blijkt uit de dogmatische en perfectionistische (ontwerp)-richtlijnen, waarin de daadwerkelijke uniforme leiding van de economische eenheid centraal staat. Deze EG-benadering biedt naar mijn oor-

deel een onvoldoende basis voor een fiscale concernregeling, waarin in principe aansluiting zal moeten worden gezocht bij het economisch *belang*, dat voortvloeit uit de concernverhouding. Bij de belastingheffing zijn immers de resultaten van de concernonderneming en niet de leiding van de concernorganisatie van primair belang. De centrale leiding zal uiteraard wel over voldoende zeggenschap moeten kunnen beschikken, anders zal van een concernverhouding – getypeerd in de eerste regels van deze studie – geen sprake kunnen zijn.

Ook in dit opzicht verdient mijns inziens de juridische benadering de voorkeur boven de strikt economische benadering, omdat de zeggenschap, waarop de centrale leiding van het concern berust, in Nederlandse verhoudingen vrijwel uitsluitend voortvloeit uit de (stem)rechten, die aan de kapitaaldeelnemers kunnen worden ontleend.

Wel zal naar mijn mening de strikt juridische benadering in economische richting moeten worden bijgesteld als gevolg van het feit dat zowel contractueel als statutair de zeggenschap geheel of gedeeltelijk aan de aandelen kan worden onttrokken, hetgeen tot nuanceringen in de wettelijke bepalingen moet leiden, waardoor verzekerd wordt dat een centrale leiding kan worden uitgeoefend. Uiteraard betekent dit niet dat zekerheid bestaat omtrent het daadwerkelijk uitoefenen van centrale leiding. Vandaar dat de aandelenparticipatie slechts een, in de bepalingen van concernrechtelijke aard (met inbegrip van artikel 15 Wet Vpb.) verankerd, wettelijk vermoeden kan opleveren voor het bestaan van een concernverhouding.<sup>1</sup> Dit wettelijk vermoeden zou moeten kunnen worden weerlegd<sup>2</sup>, indien uit statuten, overeenkomsten e.d. blijkt dat de desbetreffende vennootschappen ook in economisch opzicht zelfstandig zijn, omdat een centrale leiding (en derhalve een concernverhouding) ontbreekt.

Volledige economische onzelfstandigheid kan er daarentegen ook toe leiden dat de concernverhouding verbroken wordt. De juridische fusie, die binnenkort in het BW zal worden ingevoerd<sup>3</sup>, zal immers de concernorganisatie door één vennootschap kunnen vervangen. In dit opzicht kan de juridische fusie worden beschouwd als de meest vergaande juridische benadering, waarbij de juridische vorm zich geheel aanpast bij de economische realiteit.

### 3. De juridische fusie

De volledige juridische éénwording, die het gevolg is van de juridische fusie, zal over het algemeen niet door de concernleiding worden gewenst. Integendeel; de concernleiding zal eerder onderdelen van de concernonderneming onderbrengen (c.q. nieuwe activiteiten ontwikkelen) in juridisch zelfstandige lichamen, bijv. met het oog op een gewenste beperking van zowel haar aansprakelijkheid, als de rechten van derden.<sup>4</sup> Van der Geld<sup>5</sup> veronderstelt dan ook dat er in Nederland niet vaak juridisch gefuseerd zal worden.

De fiscale consequenties, met betrekking tot de heffing van vennootschapsbelasting, zijn eveneens geheel verschillend. Het verdwijnen van de juridische zelfstandigheid van de geabsorbeerde vennootschap heeft tot gevolg dat deze vennootschap niet langer subjectief belastingplichtig is. Bijgevolg zal in begin-



sel voor de geabsorbeerde vennootschap eindafrekening ex artikel 16 Wet IB jo. artikel 8 Wet Vpb. noodzakelijk zijn en zullen geleden verliezen van de geabsorbeerde vennootschap niet meer kunnen worden gecompenseerd. Gezien het definitieve karakter van de juridische fusie zullen ná de totstandkoming van de juridische fusie geen bijzondere fiscale problemen ontstaan.

Bij de totstandkoming van de fiscale eenheid is, zoals in § 4.2 van hoofdstuk I uiteengezet, artikel 16 Wet IB niet van toepassing en zullen geleden verliezen compensabel blijven.<sup>6</sup> De fiscale problematiek vloeit voornamelijk voort uit de toerekening van de vermogensbestanddelen aan de moedermaatschappij gedurende de fiscale eenheid en wordt, zoals blijkt uit hoofdstuk II, gecompliceerd door het tijdelijke karakter van het regime.

Het feit dat ook in fiscaal opzicht de fusieproblematiek geheel verschilt van de concernproblematiek houdt uiteraard niet in dat de fiscale problemen m.b.t. de heffing van vennootschapsbelasting bij de juridische fusie van ondergeschikt belang zijn. Zonder een passende fiscale regeling, ter opvang van de geschetste problemen, zal de juridische fusie niet *zelden*, maar vrijwel *niet* voorkomen. Het feit dat het huidige wetsontwerp tot regeling van de fusie van naamloze en besloten vennootschappen op dit punt geen concrete regeling bevat, vormt ook naar mijn mening<sup>7</sup>, een omissie. Met name ten aanzien van de eindafrekeningsproblematiek zou toch op vrij eenvoudige wijze een regeling kunnen worden ontworpen. Deze problematiek is immers geheel vergelijkbaar met de eindafrekeningsproblematiek van een lichaam, dat haar gehele onderneming in het kader van een bedrijfsfusie aan een ander lichaam overdraagt. Bij de juridische fusie is slechts geen sprake van overdracht, doch van overgang van rechtswege. Analoge toepassing van artikel 14 Wet Vpb. (de zgn. bedrijfsfusie) lijkt een voor de hand liggende oplossing te bieden.

Bij de bedrijfsfusie speelt immers het probleem van de verliescompensatie op soortgelijke wijze. Hoewel het overdragende lichaam haar subjectieve belastingplicht behoudt en derhalve haar verliezen in principe compensabel blijven, zal ook daar het belang bij de verliescompensatie in feite verloren gaan. De eventuele in de toekomst door de overgedragen onderneming te behalen winst komt via de werking van artikel 14 Wet Vpb. immers bij de overdragende onderneming tot uitdrukking als dividend of koerswinst, die op grond van artikel 13 Wet Vpb. onbelast zal zijn. Overdracht van compensabele verliezen aan het verkrijgende lichaam staat artikel 14 Wet Vpb. in beginsel niet toe. Ter voorkoming van misbruik vervallen bij dit lichaam in beginsel zelfs de eigen vóór fusie-verliezen!

In reële gevallen wordt echter door van de standaardvoorwaarden afwijken- de bijzondere voorwaarden van een en ander ontheffing verleend, analoog aan de regeling in de fiscale eenheid. Vandaar dat in de literatuur met betrekking tot de juridische fusie is gepleit<sup>8</sup>, voor een regeling analoog aan de regeling van de compensatie van vóórvoegingsverliezen bij de fiscale eenheid. Gezien mijn kritiek op deze regeling, uiteengezet in § 4 van hoofdstuk II, ben ik hiervan bepaald geen voorstander, omdat de door mij genoemde bezwaren a fortiori gelden voor de situatie waarin ook in juridisch opzicht een volledige samensmelting van ondernemingen heeft plaatsgevonden. Fictieve splitsing zou niet

slechts een onwerkelijke, maar vooral ook een onwerkzame regeling ten gevolge hebben, gezien de problemen die deze splitsing in het kader van de fiscale eenheid reeds oproept, ondanks het feit dat de juridische zelfstandigheid aldaar in stand blijft.

In dit verband zou ik een oplossing willen bepleiten gebaseerd op het principe van de verliesoverdracht. Ter voorkoming van onbedoeld gebruik zouden slechts die verliezen door de geabsorbeerde- aan de absorberende vennootschap kunnen worden overgedragen, die geleden zijn in een periode, waarin de betrokken vennootschappen tot hetzelfde concern behoorden. Bovendien zullen die verliezen buiten aanmerking moeten blijven, die reeds bij één der andere concernmaatschappijen tot uitdrukking zijn gekomen. Ten einde misbruik te keren zal een d.m.v. artikel 14 of 15 Wet Vpb. gefaciliteerde afsplitsing van een voordien juridisch gefuseerde onderneming slechts mogelijk kunnen zijn onder, door de minister gestelde, bijzondere voorwaarden. Deze beperking wordt mede gerechtvaardigd doordat de afsplitsing in feite inbreuk maakt op het definitieve karakter van de fusie.

#### 4. Uitbreiding van de fiscale eenheid tot meerderheidsparticipaties

Artikel 15 Wet Vpb. bevat thans, zoals in § 3 van hoofdstuk I uiteengezet, het rechtsvermoeden dat de gezamenlijke concernonderneming uit het bezit van het *volledige* aandelenkapitaal voortvloeit. De concernonderneming, als economische, financiële en organisatorische eenheid, bestaat echter uit een groepsverband van juridisch zelfstandige vennootschappen, waarin in beginsel ook derden kunnen participeren, mits het concernbestuur de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid in de concernmaatschappijen bezit, zodat zij bij de uitoefening van haar centrale leiding alle door haar gewenste beslissingen kan doorvoeren ter realisering van het concernbeleid. Participatie door derden kan echter binnen het concern problemen veroorzaken, omdat er een belangentegenstelling kan ontstaan tussen enerzijds het concernbelang en anderzijds de belangen van de minderheidsaandeelhouders bij de resultaten en het vermogen van de dochtermaatschappij. Intra-concerntransacties, waarbij meerderheidsparticipaties zijn betrokken, vinden normaliter 'at arm's length' plaats.

Meerderheidsparticipaties zullen veelal ook overigens binnen het concern een minder afhankelijke positie innemen dan volledige dochtermaatschappijen, hetgeen de mogelijkheid tot achterstelling van de belangen van de desbetreffende vennootschap bij het concernbelang verder verkleint.

Volledige dochtermaatschappijen hebben, vanuit de concernorganisatie beschouwd, geen zelfstandige belangen te behartigen; derhalve verschilt de positie van deze maatschappijen ten opzichte van de centrale leiding nauwelijks van afdelingen zonder rechtspersoonlijkheid<sup>9</sup>, hetgeen mede tot uiting zal komen in hun onderlinge transacties. Vooral de laatstgenoemde overweging heeft ertoe geleid dat het regime van de fiscale eenheid tot volledige dochtermaatschappijen werd beperkt.<sup>10</sup> Indien de fiscale eenheid echter volledig naar haar ratio – in § 3 van hoofdstuk I nader als concernregeling bepaald – zou kunnen functio-



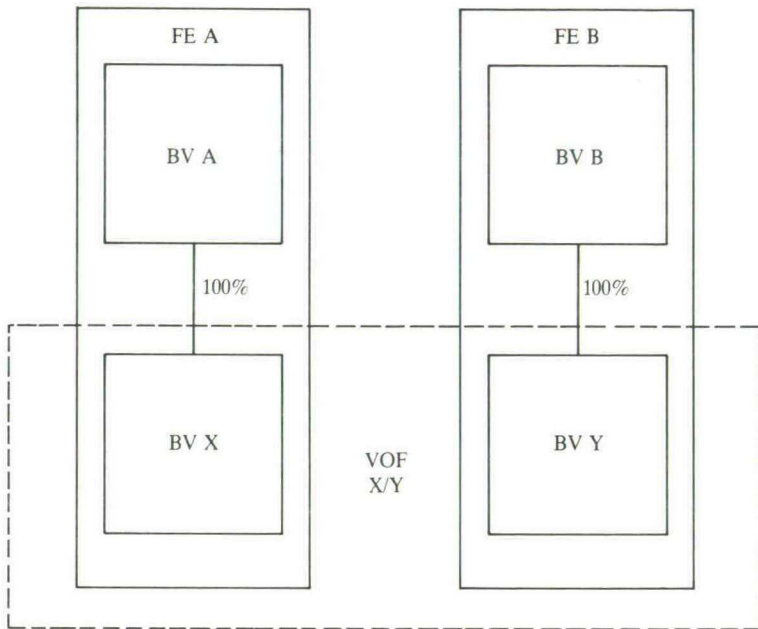
neren, zou zij de totale concernonderneming<sup>11</sup>, derhalve met inbegrip van de tot het concern behorende meerderheidsbelangen, dienen te omvatten.

Juch heeft bepleit<sup>12</sup>, de fiscale eenheid reeds toe te staan, indien 100% van de aandelen in handen is van Nederlandse vennootschappen, waarbij iedere vennootschap minstens bijvoorbeeld 33 1/3 % van de aandelen in haar bezit zou moeten hebben. Deze figuur vertoont gelijkenis met het Engelse 'consortium', waarvan sprake is als het gehele aandelenkapitaal van een binnenlandse maatschappij aan maximaal vijf andere binnenlandse maatschappijen toebehoort. Hierdoor zouden de resultaten van één servicemaatschappij van drie ondernemingen fiscaal direct gesaldeerd kunnen worden met de resultaten van die drie moedermaatschappijen.

Indien géén der moedermaatschappijen beslissende zeggenschap heeft in deze servicemaatschappij, gezien de te geringe aandelenparticipatie, behoort deze maatschappij tot geen enkel concern, zodat naar mijn mening dit geval buiten een concernregeling behoort te blijven. Bijgevolg zal de concernregeling evenmin kunnen worden toegepast op joint ventures, indien deze gezamenlijke activiteit in een afzonderlijke rechtspersoon wordt uitgeoefend, waarin de betrokken concerns elk onvoldoende zeggenschap bezitten. Dit is naar mijn mening reeds het geval in een 'dead-lock-situatie', die in een joint venture, waarin een concern voor 50% participeert, kan worden gecreëerd.

In de praktijk bestaat in deze gevallen uiteraard wel behoefte aan de mogelijkheid om de resultaten, toekomend aan de betrokken concerns, horizontaal met de overige concernresultaten te verrekenen. Vandaar dat vaak uit fiscale motieven een andere weg wordt gekozen. De gezamenlijke activiteit wordt dan uitgeoefend in een rechtsvorm, die niet aan de vennootschapsbelasting is onderworpen, bijvoorbeeld de vennootschap onder firma. De betrokken concerns participeren hierin door middel van speciaal voor dit doel opgerichte dochtervennootschappen, waaraan de resultaten van de vennootschap onder firma rechtstreeks toekomen. Deze dochtervennootschappen kunnen wel in een fiscale eenheid met de respectieve moedervernootschappen worden opgenomen. Op deze wijze komt de gewenste horizontale resultatencompensatie alsnog tot stand, terwijl de activiteit toch in afzonderlijke rechtspersonen is afgezonderd, zodat de aansprakelijkheid beperkt is.<sup>13</sup>

Schematisch voorbeeld:



Het voorstel voor een richtlijn betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochtermaatschappijen uit verschillende Lid-Staten<sup>14</sup> gaat mijns inziens eveneens te ver. In artikel 7 van deze ontwerp-richtlijn wordt immers een regeling voorgesteld voor een stelsel van heffing naar de geconsolideerde winst, waarvoor concerns reeds kunnen opteren, indien zij voor 50% of meer geparticipeerd hebben in het aandelenkapitaal van de desbetreffende deelneming. Zoals ik reeds hiervoor opmerkte zal een 50%-participatie in het algemeen onvoldoende zeggenschap voor de concernleiding opleveren en derhalve buiten een concernregeling dienen te blijven.

Verruiming van het fiscale eenheid-regime, zodat artikel 15 Wet Vpb. tevens meerderheidsbelangen zou omvatten, zou overigens niet alleen het concernkarakter van de regeling ten goede komen. Zoals in het vorige hoofdstuk uiteengezet, kunnen de meeste vergelijkbare regelingen van andere EG-Staten ook op meerderheidsbelangen worden toegepast. Ten aanzien van de omvang van de vereiste beslissingsbevoegdheid en de wijze waarop deze beslissingsbevoegdheid wordt bepaald bestaan echter aanzienlijke verschillen. Deze verschillen worden ten dele veroorzaakt door een enigszins andere dogmatische en civielrechtelijke benadering van de concernproblematiek, waarop in dit geschrift niet nader zal worden ingegaan.

Wel kan worden vastgesteld dat de economisch getinte benadering van de concernproblematiek in de regeling van de Duitse Organschaft, waarbij de



daadwerkelijke beheersing van de dochtermaatschappij door de moedermaatschappij voorop staat, een uitzondering vormt op de overige regelingen. Deze regelingen bevatten allen een juridische benadering van de concernproblematiek, gebaseerd op (het stemrecht te ontfangen aan) de aandelenparticipatie in de dochtermaatschappij. Vergeleken met de Nederlandse fiscale eenheid bevatten de concernregelingen van de EG-Staten bovendien veel meer materiële vereisten, waardoor onbedoeld gebruik van de regelingen beter kan worden voorkomen. Met name het concernkarakter van de regelingen wordt beter gewaarborgd, doordat niet alleen de omvang van de kapitaaldeelname, maar veelal ook de (al dan niet aan de aandelen te ontfangen) beslissingsbevoegdheid bepalend is.

Er van uitgaande dat de fiscale eenheid, als concernregeling, op meerderheidsparticipaties van toepassing behoort te zijn, zal vervolgens de vraag aan de orde moeten worden gesteld of de fusievorm, waarin de huidige regeling van de fiscale eenheid gegoten is, zich niet tegen uitbreiding van het regime tot meerderheidsparticipaties verzet.

In § 3 van hoofdstuk I is uiteengezet dat zowel de structuur van de vennootschapsbelasting als de beperkte visie van de wetgever ten aanzien van de concernorganisatie de keuze van de fictieve fusievorm hebben bepaald.

De juridische zelfstandigheid van de dochtermaatschappij, als aanknopingspunt voor de heffing van de vennootschapsbelasting, kon worden genegeerd door aansluiting te zoeken bij de, door de wetgever veronderstelde, *volledige* eenheid van het concern. Een zó beperkte visie op de concernorganisatie laat uiteraard geen ruimte voor meerderheidsbelangen. Gedurende de periode van bijna dertig jaar, waarin de regeling vervat in artikel 27 Besluit WB van kracht bleef, is geen wijziging gekomen in deze visie.

Tijdens de parlementaire behandeling van het huidige artikel 15 Wet Vpb. verzette de minister zich nog tegen participaties van minder dan 99%, door een beroep te doen op de 'daadwerkelijke' eenheid, die aan de fiscale eenheid ten grondslag zou moeten liggen. Uitgaande van het fusiekarakter van de regeling lijkt deze opvatting goed verdedigbaar. Een fusie veronderstelt immers een volledige eenheid, zoals blijkt uit de ontworpen regeling voor de juridische fusie, waarin geen plaats is voor partiële belangen. In artikel 311 Boek 2 BW zal, indien het wetsontwerp tot regeling van de fusie van naamloze en besloten vennootschappen<sup>15</sup>, is aangenomen, dan ook worden bepaald dat de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschappen door de fusie aandeelhouders van de verkrijgende vennootschap worden.

Naast het feit dat van een 'volledig opgaan' van de concernmaatschappijen in de moedermaatschappij bij de fiscale eenheid geen sprake kan zijn zolang er minderheidsbelangen bestaan, zou de, in § 3 beschreven, tegenstelling tussen de fiscale fusieproblematiek en de fiscale concernproblematiek tot de conclusie leiden, dat de fiscale eenheid als fictieve fusie geen oplossing kan bieden voor de fiscale concernproblematiek met betrekking tot de meerderheidsparticipaties.

De fictieve fusie moet mijns inziens veeleer worden gezien als methode om tot bepaling van het concernresultaat te komen. De fictieve fusie heeft immers een

consolidatie van vermogensbestanddelen ten gevolge en leidt derhalve tot een geconsolideerd resultaat. De bepaling van dit geconsolideerde concernresultaat staat voorop, zoals blijkt uit het arrest van 22 februari 1956, BNB 1956/132, waarin door de HR wordt aangegeven dat de toerekening van het resultaat van de bedrijfsvoering van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij als de kern van het fictief 'opgaan' moet worden gezien. Dit arrest sluit geheel aan bij hetgeen tijdens de parlementaire behandeling van het latere artikel 27 Besluit WB ten aanzien van de doelstelling van de fiscale eenheid naar voren werd gebracht: '... heffing gebaseerd op een verzamelbalans voor de geheele onderneming . . . ' . . . om, voor concerns als hier zijn bedoeld, de mogelijkheid te scheppen om te worden belast als één lichaam . . . ' .<sup>16</sup>

In deze benadering van de fiscale eenheid, waarbij slechts de belastingheffing op basis van de geconsolideerde concernbalans bepalend is, bestaan geen principiële bezwaren tegen de consolidatie van meerderheidsparticipaties. De intra-concerntransacties zullen echter, zoals reeds hiervoor gesteld, ter bescherming van de rechten van de minderheidsaandeelhouders, civielrechtelijk volledig 'at arm's length' hebben moeten plaatsvinden. De vraag of ten aanzien van de fiscus dan een ander standpunt kan worden ingenomen zou ik ontkennend willen beantwoorden. Zoals ook blijkt uit het arrest HR 16 december 1959, BNB 1960/34, zal immers de civielrechtelijke realiteit ook fiscale consequenties dienen te hebben, hetgeen volledig in strijd zou komen met het fusiekarakter van de fiscale eenheid.

Derhalve moet naar mijn mening de consolidatie bij meerderheidsparticipaties beperkt blijven tot de samenvoeging van de afzonderlijk bepaalde resultaten, waarbij de resultaten op de intra-concerntransacties worden uitgeschakeld. Bedoelde resultatenconsolidatie ten behoeve van de heffing van de vennootschapsbelasting — te onderscheiden van de (in § 4 van hoofdstuk IV besproken) consolidatie t.b.v. de jaarrekening, die slechts een informatieve functie heeft — zou tevens de (beperkte mate van) zelfstandigheid van de concernmaatschappijen beter tot haar recht laten komen.

## 5. Een gewijzigde opzet van de fiscale eenheid

Als alternatief voor de huidige opzet van de fiscale eenheid, waarin de fictieve fusie tot een volledige *vermogens*consolidatie leidt, zou, na aanvaarding van de in § 4 ontwikkelde gedachte, in de Wet Vpb. aansluiting kunnen worden gezocht bij de, in het vorige hoofdstuk beschreven, buitenlandse concernregelingen. Met uitzondering van de Engelse regeling zijn immers alle genoemde concernregelingen gebaseerd op het systeem van de *resultaten*consolidatie. Zowel in de Duitse-, de Deense- als in de Franse regelingen komt de gezamenlijke belastingheffing van de concernmaatschappijen tot stand door samenvoeging van de afzonderlijk bepaalde (al dan niet overgedragen) resultaten van deze maatschappijen. De Engelse 'group relief'-regeling biedt daarentegen geen bruikbaar alternatief voor de Nederlandse fiscale eenheid, omdat geen geconsolideerd concernresultaat tot stand komt. De resultatenoverdracht heeft immers



slechts betrekking op, aan nadere beperkingen onderworpen, verliezen of gedeelten hiervan.

De vervanging van de fictieve fusie, als methode ter bepaling van het concernresultaat, door de hiervóór omschreven resultatenconsolidatie, zou tevens het voordeel opleveren dat de huidige standaardvoorwaarden niet meer behoeven te worden gesteld. Met het verdwijnen van de fictieve fusie verdwijnt immers de noodzaak deze figuur nader uit te werken en misbruik van de fictieve fusie te voorkomen.

In de gewijzigde opzet van de fiscale eenheid zou de resultatenconsolidatie, evenals in de genoemde buitenlandse concernregelingen, een integraal karakter moeten dragen. Dit in tegenstelling tot de regeling in artikel 7 van het voorstel voor een EG-richtlijn betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochtermaatschappijen uit verschillende Lid-Staten<sup>17</sup>, waarin een proportionele resultatenconsolidatie wordt voorgesteld.

Een gedeeltelijke resultatenconsolidatie acht ik niet wenselijk. Hierbij zou immers moeten worden uitgegaan van een splitsing van het resultaat van de dochtermaatschappij in een deel dat aan de moedermaatschappij kan (c.q. moet) worden toegerekend en een deel dat bij de dochtermaatschappij zelf moet worden belast. De dochtermaatschappij zou alsdan zowel subjectief als objectief belastingplichtig blijven. Het aan de moedermaatschappij toe te rekenen deel van het resultaat van de dochtermaatschappij zou bij de moedermaatschappij moeten worden belast en in mindering moeten worden gebracht op de belastbare winst van de dochtermaatschappij.

Voorafgaand aan deze resultatentoerekening zullen echter de resultaten van de concernmaatschappijen 'at arm's lenght' moeten worden bepaald. Volgens constante jurisprudentie<sup>18</sup> is immers bij afwezigheid van een fiscale eenheid de juridische zelfstandigheid van de concernmaatschappijen beslissend, zodat de bijzondere (concern)verhouding tussen de vennootschappen geen betekenis heeft.

Anders dan bij de resultatentoerekening aan een vaste inrichting zullen hierbij alle facetten van de activiteit van de moedermaatschappij op strikt zakelijke basis moeten worden verrekend, bijv. door management-fees, royalties, vermogenskosten e.d. in rekening te brengen aan de dochtermaatschappij. Eerst daarna kan, op basis van de aandelenparticipatie, de hiervóór beschreven toerekening aan de moedermaatschappij van een evenredig deel van het resultaat van de dochtermaatschappij plaatsvinden.

Bij een integrale resultatenconsolidatie zullen, in tegenstelling tot de gedeeltelijke resultatenconsolidatie, de resultaten van intra-concerntransacties – analoog aan de eliminatie van deze resultaten bij het opstellen van de geconsolideerde jaarrekening – wel kunnen worden geëlimineerd bij de bepaling van het totale concernresultaat. Alsdan komt echter vooral de nadruk te liggen op de problematiek van de minderheidsaandeelhouders. De heffing van vennootschapsbelasting over het integraal geconsolideerde resultaat zal immers de vermogenspositie van de concernmaatschappijen (zowel negatief als positief) beïnvloeden. Naast de belangen van minderheidsaandeelhouders zullen uiteraard ook belangen van derden (met name crediteuren en werknemers) in het geding

kunnen komen. Dit aspect zal in het kader van deze dissertatie buiten beschouwing moeten blijven.

Reeds in 1967 pleitte Van der Linde<sup>19</sup>, voor een gewijzigde opzet van de fiscale eenheid in bovenstaande zin, hoewel hij juist een tegengesteld uitgangspunt (een beperkte in plaats van een verruimde fiscale eenheid) verdedigde. Uitbreiding van het regime, zodat de regeling ook op meerderheidsparticipaties van toepassing zou zijn, stond hem dan ook niet voor ogen.

Terecht merkte Christiaanse op<sup>20</sup>, dat Van der Linde met de door hem voorgestelde opzet de Duitse Organschaft benaderde. Door de regeling uit te breiden tot meerderheidsdeelnemingen zou de gelijkenis met de Organschaft nog groter worden, mede omdat contractuele regelingen, ter uitvoering van het regime, noodzakelijk zullen zijn voor de bescherming van de minderheidsaandeelhouders.

Hierbij zou kunnen worden gedacht aan een contractuele verrekening van de voor- en nadelen van de gezamenlijke belastingheffing tussen de concernmaatschappijen onderling. Deze contractuele verrekening zou de invloed van de heffing van vennootschapsbelasting over het integraal geconsolideerde resultaat op de vermogenspositie der concernmaatschappijen moeten neutraliseren. Genoemde verrekening zal enige gelijkenis vertonen met de huidige poolovereenkomst ter waarborging van de solvabiliteit der concernmaatschappijen<sup>21</sup>, en met het (voor de uitvoering van de Organschaft noodzakelijke) 'Gewinnabführungsvertrag', in die zin dat het sluiten van een zodanige overeenkomst voor een bepaalde minimumtermijn als voorwaarde voor de toepassing van het regime verplicht zou moeten worden gesteld. De onderlinge betalingen uit hoofde van deze overeenkomst zullen echter uitsluitend betrekking moeten hebben op de gezamenlijke belastingheffing, waarbij de te betalen c.q. te ontvangen belasting moet worden toegerekend aan de afzonderlijke maatschappijen in verhouding tot hun resultaten. Het Gewinnabführungsvertrag daarentegen verplicht tot volledige winstoverdracht aan de orgaandrager, die in ruil hiervoor de plicht heeft de verliezen van het orgaan aan te zuiveren. Invoering van een dergelijke volledige resultatenoverdracht zou de problematiek betreffende de minderheidsaandeelhouders slechts vergroten. Vandaar dat in de Duitse regeling de orgaandrager, naast de plicht tot het aanzuiveren van de verliezen, de minderheidsaandeelhouders een bepaald dividend moet garanderen en verplicht is tot aandelenruil tegen door haar uitgegeven aandelen.

Genoemde contractuele verrekening van de voor- en nadelen van de gezamenlijke belastingheffing, ter verzekering van de rechten van 'derden', zal wettelijk moeten worden vastgelegd. Recente jurisprudentie, met name het arrest HR 25 september 1981, NJ 1982/443, geeft weliswaar steun aan de opvatting dat de moedermaatschappij aansprakelijk is voor de benadeling van crediteuren (c.q. minderheidsaandeelhouders) van de dochtermaatschappij op grond van artikel 1401 BW 'indien de moedermaatschappij een zodanig inzicht in en zeggenschap over het beleid van de dochter heeft' dat zij benadeling had kunnen en moeten voorkomen. Van Oven<sup>22</sup> heeft echter, mijns inziens terecht, naar aanleiding van dit arrest opgemerkt, dat deze problematiek te grote vormen



heeft aangenomen dan met incidentele onrechtmatige-daad-acties, waarvan het resultaat kennelijk zeer van de omstandigheden afhangt, op afdoende wijze kan worden tegengegaan. Ook hij bepleit<sup>23</sup>, een meer omvattende regeling van het concernrecht, overeenkomstig het Duitse voorbeeld.

Indien in een integrale regeling van het materiële concernrecht de rechten van minderheidsaandeelhouders zouden worden beschermd, zou de fiscale regeling op dit punt geen voorziening behoeven te bevatten, hetgeen de praktische uitvoerbaarheid van de fiscale regeling ten goede zou komen.

Tenslotte zou ik willen opmerken, dat de hiervóór besproken integrale resultatenconsolidatie, naast alternatief voor de huidige fiscale eenheid, ook als specifieke faciliteit voor meerderheidsdeelnemingen, ter aanvulling van de huidige fiscale eenheid, in de Wet Vpb. zou kunnen worden opgenomen. Bij volledige dochtermaatschappijen kan immers geen belangentegenstelling ontstaan tussen het concernbelang en de belangen van minderheidsaandeelhouders, zodat in deze gevallen met de huidige opzet van de fiscale eenheid kan worden volstaan. Op deze wijze zou voor volledige dochtervennootschappen, die in de praktijk het meest voorkomen, de huidige fiscale eenheid, waarmee reeds méér dan veertig jaar ervaring is opgedaan, behouden blijven. Uiteraard zullen de door mij in hoofdstuk III bepleite wijzigingen alsdan onverkort in de regeling van artikel 15, Wet Vpb. moeten worden aangebracht.

## Noten

1. Zie met betrekking tot de structuurregeling: H.J.M.N. Honée (1), blz. 73.
2. Vergelijk: W.K. Franken (1), blz. 366 en H.J.M.N. Honée (1), blz. 73 e.v.
3. Zie het wetsontwerp van 27 oktober 1980, zitting 1980/81 nr. 16453.
4. Ratio van de anti misbruik-ontwerpen.
5. J.A.G. van der Geld (1), blz. 981.
6. Hof 's-Gravenhage 28 december 1973, BNB 1975/14.
7. In gelijke zin: J.C.K.W. Bartel (4), blad 4; J.W. Zwemmer (1), blz. 178; J.A.G. van der Geld (1), blz. 981.
8. Zie J.A.G. van der Geld (1), blz. 972 en 973.
9. In gelijke zin: C.AE. Uniken Venema (1), blz. 269.
10. Zie H. Lancée (1).
11. Zie § 3 van hoofdstuk I.
12. D. Juch (1), blz. 68 en 69.
13. Deze opzet is soms ook gewenst uit het oogpunt van concernorganisatie.
14. Besproken op blz. 42 en 43 van deze studie.
15. Wetsontwerp van 27 oktober 1980, zitting 1980/81 nr. 16453.
16. Gedr. Stukken 1939/40 no. 239, blz. 22 en 32.
17. Zie noot 14.
18. O.M. HR 8 mei 1957, BNB 1957/208 en HR 7 maart 1962, BNB 1962/166.
19. G. van der Linde (1), blz. 385 e.v.
20. J.H. Christiaanse (2), blz. 238 e.v.
21. Zie M.V.M. van Leeuwe en W.C.L. van der Grinten (1), blz. V-10 e.v.
22. A. van Oven (2), blz. 80.
23. Evenals Löwensteyn in: A. Pitlo/F.J.W. Löwensteyn (1), blz. 106.



## Samenvatting

Aan de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting ligt het besef ten grondslag dat in een concernverhouding de concernmaatschappijen onzelfstandig zijn, in die zin dat zij deel uitmaken van een gezamenlijke onderneming, waarin de moedermaatschappij de ondernemersfunctie uitoefent. In principe moeten de resultaten uit deze onderneming dan ook bij de moedermaatschappij worden belast en niet als deelresultaten bij de andere concernmaatschappijen, die in dit opzicht als verlengstuk van de moedermaatschappij moeten worden beschouwd, ondanks hun juridische zelfstandigheid. De fiscale eenheid is derhalve een uiting van het ondernemingsbelasting-karakter van de vennootschapsbelasting.

Het regime van de fiscale eenheid is tot stand gekomen in een tijd waarin de concernproblematiek in wetenschappelijk opzicht in Nederland nog min of meer onontgonnen terrein was; in zoverre heeft het fiscale recht een pioniersfunctie vervuld. Dit facet heeft echter belangrijke consequenties voor de wettelijke regeling gehad. Zo werd slechts de meest vergaande vorm van concernorganisatie – het volledig geïntegreerde concern, waarin de (klein)dochtermaatschappijen hun economische zelfstandigheid geheel hebben verloren – door de wetgever in aanmerking genomen. Bovendien werd het concern niet als zodanig in de structuur van de winstbelasting (thans de vennootschapsbelasting) geïntegreerd, doch voor deze inbreuk werd een 'bijzondere bepaling' getroffen in de vorm van de fictieve fusie. Op deze wijze werd het concern gesubstitueerd door de moedermaatschappij, die voor het geconsolideerde resultaat van de totale ondernemingsuitoefening in de belastingheffing werd betrokken.

De onbekendheid met de consequenties van het regime had een uiterst summier-wettelijke regeling tot gevolg, waarin het concernkarakter van de fiscale eenheid slechts op gebrekkige wijze tot uiting kwam. De uitwerking van het regime werd bovendien volledig gedelegeerd aan de minister van Financiën d.m.v. van nader te stellen voorwaarden. Deze voorwaarden vormden aanvankelijk vooral een concrete uitwerking van de consolidatiemethodiek. In latere jaren werden de voorwaarden tevens dienstbaar gemaakt aan de voorkoming van misbruik van het regime.

Als gevolg van deze opzet heeft de wettelijke regeling van de fiscale eenheid in materiële zin nauwelijks een ontwikkeling doorgemaakt, zoals blijkt uit een vergelijking van de wetsteksten van artikel 27 Besluit WB en artikel 15 Wet Vpb. Doordat de (te) summier-wettelijke regeling nauwelijks materiële ken-

*juaar*

merken bevat, ontstaat het gevaar dat het regime geheel los komt te staan van zijn oorspronkelijke grondslag en strekking. Zo dreigde de ontwikkeling dat het verband verloren raakt met het concernkarakter van de regeling, namelijk doordat men daarin nog slechts één belastingplichtige – de moedermaatschappij – zou onderkennen. Deze ontwikkeling werd echter gekeerd door de Hoge Raad in het arrest van 22 februari 1956, BNB 1956/132.

Thans is duidelijk dat het regime van de fiscale eenheid uitsluitend het belastingobject betreft, zodat de subjectieve belastingplicht van de concernmaatschappijen niet wordt opgeheven. Derhalve moet bij de totstandkoming van de fiscale eenheid eindafrekening bij de dochtervennootschap(pen) achterwege blijven, nu geen vermogensovergang plaatsvindt, doch de vermogensbestanddelen van de (klein)dochtermaatschappij(en) slechts aan de (groot)moedermaatschappij worden toegerekend.

Genoemde omstandigheden zouden de wetgever moeten bewegen alsnog een volwaardige integrale wettelijke regeling tot stand te brengen om zodoende de verdere ontwikkeling van de fiscale eenheid te stimuleren. Hierdoor zou tevens de rechtsbescherming van de belastingplichtigen worden bevorderd. Rechterlijke interpretatie van het regime komt thans te zelden voor, omdat dit eerst mogelijk is in een procedure over de aanslag, waarop de gestelde voorwaarden van invloed zijn geweest. Bovendien zijn de belangen meestal te groot om daarover een procedure te voeren.

Een integrale wettelijke regeling van de fiscale eenheid zou tot stand kunnen worden gebracht door opname van de huidige standaardvoorwaarden in de wetstekst. Terecht heeft de minister tijdens de parlementaire behandeling van artikel 15 van de Wet Vpb. opgemerkt dat dit zou kunnen leiden tot verstarring. Bovendien zou de tekst van artikel 15 Wet Vpb. vrijwel onleesbaar worden. Een betere oplossing biedt een meer globale typering van het regime, waarbij vooral materiële kenmerken in de wetstekst worden vastgelegd. De nadere concrete uitwerking en begrenzing van deze kenmerken zal door (rechterlijke) interpretatie van de integrale wettelijke regeling tot stand kunnen komen.

Uitgaande van de huidige structuur van de vennootschapsbelasting en van de huidige fictieve fusievorm van het fiscale eenheid-regime kunnen uit de analyse van de huidige wettelijke regeling (in de wet en de standaardvoorwaarden) de volgende (reeds in hoofdstuk III weergegeven) conclusies worden getrokken ten behoeve van een integrale wettelijke regeling:

- I – Indien de fiscale regimes van de concernmaatschappijen gelijk zijn, zodat de toerekening die het gevolg is van de fictieve fusie niet tot ongewenste fiscale consequenties kan leiden (in die zin dat de voordelen van een bijzonder regime onbedoeld zouden worden vergroot), bestaan geen gronden voor een beperking ten aanzien van de rechtsvorm van de belastingplichtigen. In ieder geval is het wenselijk dat de fiscale eenheid in dit opzicht zal aansluiten bij het verwante artikel 14 Wet Vpb. hetgeen tot gevolg zal hebben dat iedere belastingplichtige,



als moedermaatschappij, een fiscale eenheid kan vormen met een vennootschap welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld, een fonds voor gemeene rekening of een coöperatieve vereniging, als dochtermaatschappij, mits voor het bepalen van de winst bij beide belastingplichtigen dezelfde bepalingen van toepassing zijn.

II – Evenmin bestaat aanleiding voor een beperking tot naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen, waardoor in strijd met het non-discriminatiebeginsel wordt gehandeld. Het is wenselijk dat op dit punt de bestaande praktijk (anders dan thans het geval is) voldoende steun vindt in de wet.

II – Ter voorkoming van misbruik zou bij internationalisering van de fiscale eenheid het regime voor alle (verlies- en winstgevende) deelnemingen verplicht moeten worden gesteld (overeenkomstig de regeling in de EG-ontwerprichtlijn van 15 januari 1969). Slechts dan zou het werkelijke mondiale (c.q. EG-) concernresultaat in de belastingheffing worden betrokken. Bij de huidige fusieopzet van de regeling, die zoals gesteld een volledige participatie impliceert, zal deze verplichting (kunnen) worden ontgaan door winstgevende deelnemingen als meerderheidsdeelnemingen aan te houden en verliesgevende deelnemingen als volledige dochters, waardoor Nederland in toenemende mate een stapelplaats van buitenlandse verliezen zou worden. De beperking tot feitelijk binnen het Rijk gevestigde lichamen zou dan ook slechts op grond van een andersluidende EG-richtlijn moeten vervallen.

IV – Slechts dan kan aansluiting worden gezocht bij de aandelenparticipatie van de moeder- in de dochtermaatschappij als vaststaat dat zowel het financiële belang als de zeggenschap daadwerkelijk berusten op deze aandelenparticipatie. Noch het financiële belang, noch de zeggenschap mogen, hetzij door middel van andersoortige aandelen, hetzij contractueel aan de aandelenparticipatie van de moedermaatschappij zijn onttrokken. In handen van derden zijnde preferente aandelen, die slechts beperkte aanspraken op dividend en liquidatiesaldi kunnen doen gelden, behoeven dus geen beletsel te vormen voor het ontstaan of voortduren van een fiscale eenheid. Een dergelijk materieel aandeelhouderschap wordt niet gedekt door de huidige wettelijke term 'bezit', doch gaat minder ver dan het door de belastingadministratie gestelde vereiste van de volledige juridische en economische eigendom.

V – Zelfs bij een dergelijk materieel aandeelhouderschap kan een feitelijke concernverhouding ontbreken, bijvoorbeeld bij bepaalde conglomerate-vormen. De moedermaatschappij zal in die gevallen haar aandelenparticipatie daadwerkelijk moeten benutten ten behoeve van haar ondernemersfunctie in de gezamenlijke onderneming, zoals zal moeten blijken uit wezenlijke activiteiten op bestuurlijk, beleidsvormend en/of financieel terrein.

II – Hoewel de moedermaatschappij bij de uitoefening van haar ondernemersfunctie meestal zal kunnen volstaan met een meerderheidsparticipatie, impli-

ceert de huidige fictieve fusie een volledige participatie door de moedermaatschappij, zodat een andere opzet zal moeten worden gekozen indien men een aanzienlijke verlaging van de participatie wil nastreven.

VII

– De constructiegevoeligheid van de fiscale eenheid zal sterk worden vermindert door in de wetstekst de duurzaamheid, voortvloeiend uit de concernorganisatie, tot uiting te brengen door opname van een minimumtermijn gelijk aan de termijn genoemd in de huidige 17e standaardvoorwaarde. Verstarring van de concernstructuur zal kunnen worden voorkomen door opname van een onthefingsbevoegdheid, waardoor met instemming van de minister (eventueel onder door hem te stellen voorwaarden) eerdere splitsing van de fiscale eenheid mogelijk is, indien aannemelijk wordt gemaakt dat misbruik niet beoogd werd.

Teneinde het thans door de 14e, 15e, 16e en 17e standaardvoorwaarde bestreden misbruik van de fiscale eenheid te voorkomen zal eveneens het keuzekarakter van het regime moeten worden beperkt in die zin dat na afloop van de minimumtermijn de verbreking van de fiscale eenheid, dan wel de ontbinding van de dochtermaatschappij, niet (mede) mag zijn gericht op het behalen van voordelen in de vorm van verkapte realisatie van stille reserves (incl. goodwill) in 'verschoven' vermogensbestanddelen, dan wel benutting van winsten, ontstaan door realisatie van genoemde stille reserves, ter compensatie van ex-vóórvoegingsverliezen. De sanctie zal kunnen bestaan uit een opwaardering van de 'verschoven' vermogensbestanddelen tot de waarde in het economisch verkeer in het laatste boekjaar van de combinatie.

VIII

– Ter bevestiging van de in het arrest HR 22 februari 1956, BNB 1956/132, gegeven interpretatie van het karakter van de fictieve fusie, waardoor niet slechts de bezittingen en schulden van de dochtermaatschappij rechtstreeks aan de moedermaatschappij moeten worden toegerekend, doch deze toerekening tevens de omstandigheden omvat die bepalend (zouden) zijn (geweest) voor de belastingheffing van de dochtermaatschappij (zoals fiscale reserveringen en de gedragslijn bij waarderingen) zal analoog aan de huidige regeling in artikel 14 Wét Vpb. gesteld moeten worden dat zowel na vereniging als na splitsing van de fiscale eenheid de latere heffing verzekerd moet zijn.

De regeling in de huidige 1e, 2e, 4e, 11e, 12e en 13e standaardvoorwaarde vormen in wezen (soms gebrekkige) uitwerkingen van dit materiële vereiste en concrete uitwerkingen van de consolidatiemethodiek, die als zodanig niet in een integrale wettelijke regeling moeten worden opgenomen. Door (een verbeterde versie van) deze standaardvoorwaarden op te nemen in een resolutie ter toelichting van de wetstekst, blijven de voordelen (kenbaarheid en zekerheid vooraf voor de belastingplichtigen) behouden zonder dat dit nadelen oproept; belastingplichtigen kunnen immers een (door de rechter te toetsen) eigen interpretatie volgen.

IX

– Er bestaan geen gegronde redenen voor beperkingen bij de compensatie van vóórvoegingsverliezen, in die zin dat deze compensatie slechts voor de vennootschappen afzonderlijk mogelijk zou zijn en deze verliezen het aanloopverlieska-



rakter zou moeten worden ontnomen, mits deze vóórvoegingsverliezen door de gevoegde maatschappijen geleden zijn in een periode waarin reeds aan de vereisten voor de fiscale eenheid werd voldaan, zonder dat voor het regime werd geopteerd (tenzij deze verliezen reeds bij een der andere maatschappijen tot uitdrukking zijn gekomen. Compensatie van 'meegekochte' vóórvoegingsverliezen zal derhalve niet mogelijk moeten zijn, mede ter voorkoming van bepaalde vormen van dubbele compensatie.

X – De invoering van een integrale regeling van de fiscale eenheid zal gepaard dienen te gaan met wijzigingen in de bepalingen betreffende het opgeofferd bedrag, het aanloopverlies en de WIR, waardoor de fiscale eenheid in deze regelingen geïncorporeerd wordt, zoals thans in artikel 13, lid 2 rekening wordt gehouden met het regime van artikel 28 Wet Vpb. (de beleggingsinstelling).

XI – Bepalingen van formeel/administratieve aard, zoals die thans zowel in de wet als in de standaardvoorwaarden voorkomen, zullen bij AMvB moeten worden vastgesteld, zodat een onnodig lange en gecompliceerde wetstekst wordt voorkomen. Door het achterwege laten van overbodige bepalingen (zoals de huidige 5e, 6e en 18e standaardvoorwaarde) zal het aantal bepalingen van deze aard sterk verminderen.

– De concrete toepassing van de fiscale eenheid zal naar mijn oordeel beter kunnen steunen op (rechterlijke) interpretatie van een wettelijke regeling, waarin met bovenstaande conclusies rekening is gehouden, dan op de huidige (soms gebrekkige en vaak overbodige) standaardvoorwaarden die, geheel in strijd met hun ratio, in menig geval, door te vage of onduidelijke bewoordingen, tot rechtsonzekerheid en, door te ruim gestelde bepalingen, tot overkill leiden.

Zekerheid vooraf kan aan belastingplichtigen worden geboden door een recht op een 'advance-ruling' (analoog aan artikel 40, lid 5, Wet IB) in de wettelijke regeling op te nemen, naast de uitleg en concretisering van deze regeling in een toelichtende resolutie.

Het EG-concernrecht (in ontwikkeling), gericht op de *verantwoordelijkheid* van de centrale leiding, biedt een onvoldoende basis voor een fiscale concernregeling. Artikel 15 Wet Vpb. zal, als fiscale concernregeling, dan ook moeten blijven aansluiten bij het economisch *belang*, dat voortvloeit uit de concernverhouding. Van een *concernverhouding* zal echter slechts sprake kunnen zijn, als de centrale leiding beslissende zeggenschap bezit in de concernorganisatie. Beide elementen, belang en zeggenschap, zullen in Nederlandse verhoudingen aan de aandelenparticipatie kunnen worden ontleend, mits de fiscale concernregeling erin voorziet dat contractuele en statutaire regelingen hierop inbreuk zouden kunnen maken.

In het algemeen zullen uit meerderheidsparticipaties in zodanige mate belang en zeggenschap voor de concernleiding voortvloeien, dat deze deelnemingen tot het concern moeten worden gerekend. Een fiscale concernregeling zal derhalve ook op meerderheidsparticipaties van toepassing moeten zijn. Een 50%-parti-

cipatie zal normaliter onvoldoende zeggenschap opleveren en dus buiten de concernregeling dienen te blijven.

Bij meerderheidsparticipaties kunnen tegenstellingen tussen het concernbelang en de belangen van de minderheidsaandeelhouders ontstaan. Bijgevolg zullen intra-concerntransacties met meerderheidsparticipaties 'at arm's length' moeten plaatsvinden, hetgeen indruist tegen het fusiekarakter van de fiscale eenheid, dat zich bovendien verzet tegen de aanwezigheid van minderheidsaandeelhouders.

De fiscale eenheid zal derhalve op andere wijze moeten worden opgezet. Hierbij kan aansluiting worden gezocht bij de fiscale concernregelingen van andere EG-Statens door de consolidatie te beperken tot de samenvoeging van de afzonderlijk bepaalde resultaten. Op deze wijze komt tevens de (beperkte mate van) zelfstandigheid van de concernmaatschappijen beter tot zijn recht en kunnen de huidige standaardvoorwaarden verdwijnen. Bij de bepaling van de resultaten van de afzonderlijke concernmaatschappijen zal rekening moeten worden gehouden met intra-concerntransacties. Bij een proportionele resultatenconsolidatie zullen de resultaten van deze transacties niet kunnen worden geëlimineerd, omdat de desbetreffende dochtermaatschappij objectief belastingplichtig blijft voor het niet aan de moedermaatschappij toegerekend deel van haar resultaat.

Bij een integrale toerekening van de resultaten van de dochtermaatschappijen aan de moedermaatschappij kunnen echter de resultaten van intra-concerntransacties wel worden geëlimineerd; analoog aan de regeling bij het opstellen van de geconsolideerde jaarrekening. Benadeling van minderheidsaandeelhouders moeten alsdan worden voorkomen door in de fiscale concernregeling een verplichting op te nemen om de voor- en nadelen van de gezamenlijke belastingheffing contractueel te verrekenen. Op deze wijze wordt immers de invloed van de heffing van vennootschapsbelasting, over het integraal geconsolideerde resultaat, op de vermogenspositie van de afzonderlijke concernmaatschappijen geneutraliseerd.

De huidige regeling van de fiscale eenheid zou kunnen worden behouden door genoemde integrale resultatenconsolidatie niet als alternatief, maar als aanvullende regeling voor meerderheidsparticipaties in de Wet Vpb. op te nemen.



## Summary

In corporate taxation, group tax treatment is based on the notion that the subsidiary companies in a concern have no independence. That is to say that they are in economic unity with the parent company, which company can be seen to be the corporate leader, despite the fact that the companies in the concern are legally independent. Profits of the concern should in principle be taxed in the parent company and not treated as taxable profits in the respective group companies. The subsidiaries are considered to be extensions of the parent company. Fiscal unity is thus an expression of the business tax character of corporate taxation.

The system of group tax treatment has come to life in a period when from a scientific point of view, the problems surrounding concerns was a more or less undeveloped area in the Netherlands, in this respect new ground has been broken in fiscal legislation. This aspect has, however, had far reaching consequences for statutory legislation. The legislator only took into account the most final form of a concern, the fully integrated concern, where the subsidiary companies in fact completely lose their economic independence. Moreover, the concept of a concern was not integrated in the structure of the profit tax (now corporation tax), but this deficit was solved by a 'special regulation' whereby a fictitious merger was deemed to be in existence. In this way the whole concern company substitutes for the fiscal unit members and becomes the enterprise which attracts the tax incidence for the fiscal unit. As the idea of a concern was not a subject which had attracted much attention, the fiscal legislation which resulted was of a simple form whereby the general idea of a concern did not materialise.

In addition, the elaboration of the legislation was delegated entirely to the Minister of Finance who could add further stipulations. Initially, these stipulations were mainly a tangible elaboration of the method of consolidation. In later years the stipulations were also applied as an instrument to prevent misuse of the system. As a consequence of this construction, the statutory arrangement of group tax treatment hardly developed in a material sense. This becomes apparent when a comparison is made between the legal phrasing of article 27 of the Profits Tax Order (1940) and article 15 of the Corporation Tax Act (1969).

As the rather simple legislation hardly contained any material characteristics, the danger arose that the system might become completely detached from its original principle and purport. Furthermore the development in practice was

that the true concern character of the regulations did not materialise because the system was apt only to recognise one taxpayer – the parent company. However, this development was altered by the Dutch High Court Decision in the Netherlands Tax Directive no. 1956/132. It became quite clear that the group tax treatment system solely concerns the taxable *object*, and that the subjective tax liability of the fiscal unit members still existed. In bringing about group tax treatment, final tax settlement by the subsidiaries in fiscal unity could therefore be neglected, since there is no exchange of assets or liabilities between the fiscal unit subsidiaries and the parent company, there is only an allocation for fiscal purposes.

The aforementioned circumstances should actually prompt the legislator to draw up a complete integral legal regulation, in order to stimulate the further development of group tax treatment. This would also improve the legal protection of the taxpayers. Legal interpretation of the system, which lays down the standard conditions, is only possible by Court Proceedings after a tax assessment, in which the standard conditions have been applied. Moreover the interests of those concerned are far too important to have to result in legal procedures.

Complete integral legal settlement of group tax treatment could be achieved by embodying the current standard conditions in the legal phrasing of the Corporate Tax Act. During the parliamentary hearing of article 15 of the Corporation Tax Act, the Minister properly observed that these actions might result in rigidity. Furthermore, the phrasing of article 15 of the Corporate Tax Act would then become practically illegible. A more global typification of the system in which mainly material characteristics are embedded in the legislative phrasing, would offer a better solution. The further concrete elaboration and restriction of these characteristics can be brought about by (judicial) interpretation of the integral legal arrangements.

Starting with the current structure of corporate taxation and the present form of fictive merger for fiscal unity, and from analyzing the current legislation (by Act and by standard conditions), the following conclusions for settling integral legislation can be drawn:

- If the fiscal status of the fiscal unity members are identical – so that the allocation resulting from the fictitious merger cannot lead to undesirable fiscal consequences (meaning that the advantages of a special system would unintentionally be increased) – then there are no grounds for a restriction with respect to the legal status of the taxpayer. It is desirable that the group tax treatment in this respect links up with the related article 14 of the Corporation Tax Act, which will result for every taxpayer, that a parent company may enter into fiscal unity with any company whose capital is completely or partly divided into shares or fund for common account or cooperative association, provided the means of defining profits are similar for all unit members.



## SUMMARY

– Further there is no reason for a restriction regarding only companies incorporated in accordance with Laws of the Netherlands, which activates the non-discrimination principle. It is desirable that the current practice for this issue (other than is now the case) meets adequate support in the Act.

– When internationalizing group tax treatment, the system should – in order to prevent misuse – be made obligatory for all (profitable or non-profitable) participations (in accordance with the regulations as laid down in the EEC-draft directive, dated January 15, 1969); only then the true worldwide (or EEC-) company results could be drawn into taxation. In the current fictive merger construction which – as stated – implies a full participation, this obligation can be avoided by retaining the profitable participations as majority-participations, and loss making participations as full subsidiaries; this would increasingly cause the Netherlands to become a dumping ground for foreign losses. The restriction regarding participations actually having their domicile within the State would then, based only on a different EEC-directive, have to be repealed.

– The link-up by means of shareholding by the parent company in the subsidiary company can only be realized after it has been established that the financial interests as well as control are actually based on this shareholding. Neither the financial interests nor the control may be withdrawn from the shareholding of the parent company, be it by means of shares of a different nature or contractually. Third party owned preference shares, that can only assert limited entitlement to dividend and the proceeds of liquidation, need therefore not be any impediment for the start or the continued existence of group tax treatment. A material shareholdership interpreted in this way is not covered by the current legal term of 'possession'; yet it is less extreme than the administrative requirement for total legal and economic ownership.

– Even in such a material shareholdership, actual concern relationship may be lacking, for instance as in certain conglomerates. The parent company will in these cases therefore have to actually utilize its shareholding to prove that there is a combined business activity; this will have to become evident from essential activities such as directing, managing and financing the group.

– Although the parent company can confine itself to majority participation in executing its business activities, the current fictitious merger requires a total full participation; therefore, an other form will have to be found when considering a lesser participation.

– The possibility of misusing the concept of fiscal unity would be greatly hindered if legislation were to provide for a durability in the group concern idea by including regulations along the lines of the present 17th standard conditions. Rigidity of the concern unity can be prevented by embodying a remission competency, which would – with the Minister's consent (if necessary under conditions he may stipulate) – make an earlier breaking of the fiscal unit possible,

provided it is made plausible that misuse was not intended. In order to prevent misuse of group tax treatment, which is currently covered by the 14th, 15th, 16th and 17th standard conditions, the character of choice in the system will have to be limited as well, in such a manner that after expiration of the minimum term for breaking the fiscal unit, or the liquidation of the subsidiary company, the aim is not the acquiring of advantages in the form of concealed realisation of hidden reserves (including goodwill) in 'shifted' capital assets, or utilization of profits that came into being by the realisation of the aforementioned undisclosed reserves, in order to compensate for ex-pre-fiscal unit losses. Sanctions could consist of a revaluation of the 'shifted' capital assets up to market values during the last recent fiscal bookyear of the fiscal unit.

– To confirm the interpretation of the character of a fictitious merger, given in the Decision on the Netherlands Tax Directive no. 1956/132, by which not only the assets and liabilities of the subsidiary company are to be allocated directly to the parent company, but the allocation at the same time retains the conditions that would be (would have been) decisive for tax-levying in the subsidiary company (conditions like fiscal reserves and valuation policy), it will have to be stipulated analogous to the current regulations in article 14 of the Corporation Tax Act, that after joining as well as breaking the fiscal unit, levying of tax at a later stage must be ensured. The arrangements as currently laid down in the 1st, 2nd, 4th, 11th, 12th and 13th standard conditions, are actually (sometimes poor) elaborations of this material requirement and concrete elaborations of the consolidation method, which as such should not be included in integral statutory legislation. By including (an improved version of) these standard conditions in a Resolution explaining the wording of the legislation, the advantages (recognizability and security beforehand for the taxpayers) are maintained without the occurrence of disadvantages, for every taxpayer may interpret the law in his own way. The Courts of Law are available to test the interpretation.

– There are no well-founded reasons for limiting compensation for pre-fiscal unit losses, in the sense that the compensation would only be applicable to the separate companies and the initial loss character of these losses should be removed, provided the pre-fiscal unit losses have been sustained by the companies in a period of time in which the requirements for group tax treatment were already met, and no option for fiscal unity existed at that time, unless the losses had already been expressed in the records of one of the other companies. Compensation for 'additionally acquired' pre-fiscal unit losses will therefore not be possible, in order to prevent certain forms of double compensation.

– Introduction of integral arrangements for group tax treatment of fiscal units will have to involve amendments to the stipulations concerning the relinquished amount, the initial losses and the Investment Incentives Act, whereby the fiscal unit is incorporated in these arrangements the way currently in article 13, subsection 2, the structure of article 28 of the Corporation Tax Act is taken into account (the 'investment' company).



## SUMMARY

– Provisions of a formal/administrative character, currently laid down in the Act as well as in the standard conditions, should be sanctioned by the Minister through a General Administrative Order. This would prevent an unnecessary lengthy and complicated legal phrasing. Omitting unnecessary provisions (such as the current 5th, 6th and 18th standard conditions) would lead to a reduction of the total number of provisions of a formal/administrative character.

The concrete application of group tax treatment will, in my opinion, be better supported by a (judicial) interpretation of legislation which takes the aforementioned conclusions into account, than by the current (sometimes poor and often unnecessary) standard conditions that, totally in defiance with their purport, lead in many cases to legal insecurity because of a phrasing too vague or too obscure, and to overkill because of stipulations that are too one-sided. Security beforehand may be provided for the taxpayers by including entitlement to an 'advance-ruling' in the legislation (analogous to article 40, subsection 5 of the Income Tax Act), as well as providing the material and theoretical workings of the law in an explanatory Resolution.

The EEC-'Legislation of Concerns' (in gestation), directed at the responsibilities of central management, give an inadequate basis for the concept of fiscal unity. Article 15 of the Corporation Tax Act will therefore, in order to provide for the concept of fiscal unity, have continually to remain linked with the economic interest resulting from the concern relationship. There can, however, only be a question of a concern relationship if the central management has control in the concern organization.

These two elements, interest and control, may be derived in the Dutch situation from the shareholding. Provided the legislation on fiscal unity takes into account that contractual and statutory arrangements might infringe this, in general, interest and control for the concern management will result from majority participations in such a way that these participations must be considered part of the concern. Fiscal unity legislation will therefore have to be applicable to majority participations as well. A 50% participation will usually not render enough control and therefore this should not be included in the fiscal unity arrangement.

In majority participations a conflict of interests between minority and majority shareholders may arise. Consequently, transactions among participants within the concern will have to take place 'at arm's length', which contravenes the merger character of fiscal unity, which opposes the existence of minority shareholding as well. Therefore the system of group tax treatment will have to be constructed in a different way.

In doing so, similarity with the concept and legislation of group tax arrangements of other EEC-member states might be achieved by restricting the consolidation to consolidation of the separately determined results. In this way the (limited) independance of the concern companies is better achieved and the current standard conditions can be repealed. When determining the results of the

## SUMMARY

separate unit members, transactions within the concern will have to be taken into account. In a proportional consolidation of results, the results of these transactions cannot be eliminated, because the subsidiary in question remains an objective taxpayer for that part of its results which are not allocated to the parent company.

However, in an integral allocation of the results of the subsidiaries to the parent company, the results of the transactions within the concern can be eliminated; analogous to the arrangements that apply to drafting the consolidated annual account. In this case, financial harm of minority shareholders must be prevented; this can be achieved by inserting an obligation in the fiscal unit arrangements to contractually settle the advantages and disadvantages of taxation, for in this way the influence of imposing tax over the integral consolidated results on the capital position of the separate companies is neutralized.

The current arrangement of group tax treatment could be preserved by not inserting the aforementioned integral consolidation of results as an alternative, but as an additional arrangement for majority participations in the Corporation Tax Act.



# Register op in de noten aangehaalde literatuur

J.C.K.W. BARTEL

- (1) Fiscale eenheid/Deelnemingsvrijstelling I en II, TVVS 1976 no. 6 en 7/8
- (2) Familievennootschappen, Fiscale monografie no. 2 (derde herziene druk 1981)
- (3) Opvolgingsperikelen, Bundel 'Fiscale Miniaturen', 1978

H. BECKMAN EN C.A. BUNINGH

- (1) De jaarrekening, bedrijfseconomische, juridische en fiscale aspecten, 1977

P.P. VAN BERKUM

- (1) Economische aspecten van concernvorming, TVVS 1968 no. 9

P. DEN BOER

- (1) Boekbespreking van 'De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting' door D. Juch, WPNR 1975 no. 5304
- (2) De positie van de (multinationale) onderneming, Bundel 'Het verrekeningsstelsel in opmars; wat doet Nederland?', 1979

D. BRÜLL

- (1) Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip, dissertatie 1963
- (2) Filiaal of dochtermaatschappij als fiscale keuze, De NV, 44e jaargang no. 1/2
- (3) De delegatiebepalingen in het wetsontwerp vennootschapsbelasting 1960, Geschrift van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 114

J.H. CHRISTIAANSE

- (1) Deelnemingsvrijstelling in het Besluit op de vennootschapsbelasting 1942 en het ontwerp van de Wet op de vennootschapsbelasting 1960; Fiscale Monografie no. 20
- (2) Belastingaspecten van concerns, TVVS 1968 no. 9
- (3) Deelnemingsvrijstelling en Holdings, Belastingconsulentendag 1975

S. CNOSSEN e.a.

- (1) Het verrekeningsstelsel in opmars: wat doet Nederland?, 1979

COMMISSIE VOOR DE BESTUDERING VAN DE FISCALE PROBLEMEN ROND-  
OM FUSIES

- (1) Rapport, Geschrift van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 136
- (2) Bespreking van het rapport, Geschrift van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 137

J.E.A.M. VAN DIJCK

- (1) Het staken van een onderneming in de Wet inkomstenbelasting 1964, Preadvies Broederschap der notarissen, 1965

H. VAN DIJK EN J.G. KUIJL

- (1) Belastingrecht in cijfers, losbladig

M.J. ELLIS

- (1) Deelnemingen en vertrekkende holding, Weekblad 1977 no. 5344

W.K. FRANKEN

- (1) Aspecten van concernrecht, dissertatie 1976

Ch.P.A. GEPPAART

- (1) Fiscale eenheid, FED Literatuur 38

- (2) Tussen verwarring en verstarring, Afscheidsbundel Pieters, 1970
- (3) De doorbraak van het buitenwettelijk recht, Weekblad 1979 no. 5397
- J.F.M. GIELE EN A.K.P. JONGSMA
  - (1) Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Noorduyn-serie
- F.H.M. GRAPPERHAUS
  - (1) De besloten NV fiscaal vergeleken met de persoonlijke ondernemer en met de open NV, dissertatie 1966
  - (2) Kenbaarheid en wendbaarheid in het fiscale recht, Belastingconsulentendag 1978
- GROUPE D'ETUDES
  - (1) Samenvatting van het memorandum inzake het voorstel voor een zevende EEG-richtlijn, De NV, 55e jaargang no. 9
- K. VAN DER HEEDEN
  - (1) Dubbele belastingheffing van uitgedeelde winsten van besloten en open vennootschappen, dissertatie 1973
- HERMANN-HEUER
  - (1) Kommentar zur Einkommensteuer und Körperschaftsteuer
- E.J.J. VAN DER HEIJDEN/W.C.L. VAN DER GRINTEN
  - (1) Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, 1976
- J. VAN DER HOEVEN
  - (1) Pseudo-wetgeving, rede 1965
- J.J. HOF
  - (1) Fiscale eenheid, MBB december 1966
  - (2) Fiscale eenheid, MBB september 1968
- H.J. HOFSTRA
  - (1) Inkomstenbelasting, 1975
- H.J.M.N. HONÉE
  - (1) Concernrecht en medezeggenschapsregelingen, dissertatie 1981
- J. HOOGENDOORN
  - (1) Enkele fiscale problemen bij fusies van verzekeraars, Het Verzekerings Archief 1979 no. 2
- F.C. DE HOSSON
  - (1) Voorkoming van internationale dubbele belasting in concernverband: vrijstellings- of verrekenmethode?, Weekblad 1977 no. 5332
  - (2) Vertrekkende holdings, Weekblad 1977 no. 5339
  - (3) Vrijstellings- versus creditmethode, Weekblad 1977 no. 5344
- B. JADAUD
  - (1) L'impot et les groupes de sociétés, 1970
- D. JUCH
  - (1) De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting, dissertatie 1974
  - (2) Discussiebijdrage II aan de Belastingconsulentendag 1977
  - (3) Deelnemingen, Weekblad 1979 no. 5400
  - (4) Het bedrijf in moeilijkheden, Weekblad 1976 no. 5281
  - (5) De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, 1977
- W. JURKAT
  - (1) Die Organschaft im Körperschaftsteuerrecht, 1975
- H.J.W. KLEIN WASSINK
  - (1) Vrijstellings- of verreken (credit)methode, een technisch verschil alleen of een internationaal belastingrechtelijk verschil in soevereiniteitsclaim?, Weekblad 1976 no. 526
  - (2) Het fiscale compromis, Fiscale Monografie no. 23



H. LANCÉE

- (1) Geconsolideerde balans en fiscus, ESB 8 juli 1942

Ch.J. LANGEREIS

- (1) Aantekening bij Hof 's-Gravenhage 26 september 1978, FED IB '64: Art. 18 : 25

M.V.M. VAN LEEUWE

- (1) De in aandelen converteerbare obligaties, De NV 59e jaargang no. 6

M.V.M. VAN LEEUWE EN W.C.L. VAN DER GRINTEN

- (1) Fusies van Ondernemingen, losbladig

F. LEFEBRE

- (1) Documentation pratique des impôts directs

G. VAN DER LINDE

- (1) De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Weekblad 1967 no. 4850

K.H. VAN DER LINDEN

- (1) De nieuwe deelnemingsvrijstelling, MAB april 1970

J. VAN LOON

- (1) De holding-maatschappij in het Wetsontwerp, De NV, 18e jaargang no. 11

J.J.M. MAEIJER

- (1) Vennootschapsrecht in beweging, 1976

D.A.M. MEELES

- (1) De belastingbetaler in de knel, Belastingconsulentendag 1982  
 (2) Inflatoire belastingheffing, rede 1976  
 (3) Hoe ons belastingstelsel de welvaart aantast, De NV, 58e jaargang no. 12  
 (4) Rechtspraak betreffende de jaarrekening (Het oordeel van de OK over de jaarrekening van Van Gelder Papier), De NV, 58e jaargang no. 5  
 (5) Rechtspraak betreffende de jaarrekening (3), De NV, 59e jaargang no. 12

T. NIELSEN

- (1) Determination of the taxable profit of corporations, Cahiers de droit fiscal international, Volume LXIIB, 1977

N. NOBEL e.a.

- (1) Fiscale problematiek rond de buitenlandse vaste inrichting of dochter, 1976

J.J.M.H. NIJST

- (1) De winstbelasting in de praktijk, MAB 18e jaargang no. 2

A. VAN OVEN

- (1) De grote onderneming en de papieren NV, Van Opstallbundel 1972  
 (2) Katern 3, Ars Aequi 1982 no. 5

M.P. VAN OVERBEEKE

- (1) Winst en pensioen, dissertatie 1980

V.S. OHMSTEDE EN J.J. DE KLERCK

- (1) Besluit op de winstbelasting 1940, losbladig

A. PITLO/F.J.W. LÖWENSTEYN

- (1) Het rechtspersonenrecht, 1978

M.J. PRINSEN

- (1) Eenige beschouwingen betreffende het Besluit op de Winstbelasting 1940, dissertatie 1941

C. VAN RAAD

- (1) Internationale fiscale nondiscriminatie, Geschrift no. 148 van de Vereniging voor Belastingwetenschap

C. VAN RAAD EN F.C. DE HOSSON

- (1) Nederlandse woonplaatsficties in internationaal perspectief (1, Weekblad 1980 no. 5461)

M.J.G.C. RAAIJMAKERS

- (1) Joint ventures, dissertatie 1976
- (2) Over verschuiving in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen, Preadvies Nederlandse Juristen Vereniging 1977

M.R. REUVERS

- (1) De grens van de verzelfstandiging van het aandeel, Weekblad 1975 no. 5251
- (2) Internationale dubbele belasting, dissertatie 1972

L. ROELOFFS

- (1) Dubbele belastingheffing van dividenden, Fiscale Monografie no. 22

H.L.J. ROELVINK

- (1) Door rechtspersonen heen kijken, Preadvies Nederlandse Juristen Vereniging 1977

M. ROMIJN

- (1) Aantekening bij het arrest HR 12 maart 1980 in FED IB '64: Art. 2 : 10

J.J.G. VAN ROOSMALEN

- (1) De binnenlandse belastingplichtigen in het Besluit op de Vennootschapsbelasting, dissertatie 1965

K. RIJKS

- (1) Het instituut van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, 1980 (derde druk)
- (2) Standaardvoorwaarden art. 15 Vpb. '69 (Resolutie 27 februari 1976), FED 10 november 1977
- (3) Het instituut van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, 1976 (tweede druk)

P. SANDERS

- (1) NV en BV, Het nieuwe Ondernemingsrecht, 1977

D.J. SANNES

- (1) De rechtsverhouding van Moeder- en Dochtermaatschappij, dissertatie 1926

J.R. SCHAAFSMA

- (1) Enkele opmerkingen over de toepassing van artikel 27 van het Besluit op de Winstbelasting 1940, De NV, 19e jaargang no. 12

D. SCHEER

- (1) De geruisloze inbreng van art. 18 Wet IB 1964, Weekblad 1967 no. 4865

J.P. SCHELTENS

- (1) Algemene wet inzake rijksbelastingen, losbladig
- (2) Het bestaansrecht van een fiscaalrechtelijke leer van fraus legis, Bundel 'Cijns en Dijns', 1975

B. SCHENDSTOK

- (1) De Vennootschapsbelasting als Wetenschappelijk vraagstuk, rede 1953

P. VAN SCHILFGAARDE

- (1) Van de naamloze en de besloten vennootschap, 1981

F.E. SCHMEY

- (1) De a.s. Winstbelasting en de Ondernemingsvorm der Naamloze Vennootschap, De NV, 18e jaargang no. 9

H.M.N. SCHONIS EN J. RENES

- (1) Wet investeringsrekening, 1978
- (2) Wet investeringsrekening, losbladig

J.W. SCHOONDERBEEK

- (1) Ontwikkelingen in de regels voor de jaarrekening, Bundel 'De Jaarrekening en de Vierde EEG-Richtlijn', 1981



SIMON'S TAXES

- (1) Volume D, 2.641 e.v.

SECTIE VENNOOTSCHAPSRECHT VAN HET NEDERLANDS GENOOTSCHAP  
VAN BEDRIJFSJURISTEN

- (1) Voorontwerp voor een concernrichtlijn, De NV, 56e jaargang no. 4

W.J. SLAGTER

- (1) Compendium van het ondernemingsrecht, 1978

G. SLOT

- (1) Fiscale concernwinst, Bundel 'Cost en Baet', 1963

M.J.H. SMEETS

- (1) Fiscale aspecten van houdstermaatschappijen (I), Weekblad 1968 no. 4896

K. SNEEP

- (1) Preferente aandelen en aanmerkelijk belang, Weekblad 1974 no. 5189  
(2) Verliescompensatie bij fiscale eenheid en NOR, MBO 1971 no. 893  
(3) Fiscale aspecten van het oprichten van dochtervennootschappen, MBO 1966 no. 834

A.G. VAN SOLINGE

- (1) Concernrecht en medezeggenschap, De NV, 60e jaargang no. 3

M. STORZ

- (1) Taxation of Companies and Bodies Corporate, 1971

TAX MANAGEMENT INC.

- (1) Worksheet 10

C.W.A. TIMMERMANS

- (1) Concernbegrip en concernjaarrekening in Europa en daarbuiten, TVVS 1978 no. 1

B.A. VAN TUIJL

- (1) Discussiebijdrage I aan de Belastingconsulentendag 1977  
(2) Fiscale eenheid, Weekblad 1979 nr. 5400

C.AE UNIKEN VENEMA

- (1) Concernrecht, Beekhuisbundel 'Op de grenzen van komend recht', 1969  
(2) Doorbraak in concernverhoudingen, bezien in het licht van de misbruik-ontwerpen, WPNR 1981 no. 5575

J. IN 'T VELD

- (1) Beginselen van behoorlijk bestuur, 1979

J.V.L.M. VERBIEST

- (1) Het concern als fiscale eenheid, De NV, 20e jaargang no. 9

J. VERBURG

- (1) De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Belastingconsulentendag 1977

H.C. VERLAGE

- (1) Overdrachtprijzen en externe verslaggeving; een bijdrage aan de discussie over het ontwerp 7e richtlijn EEG, MAB 1979

J.G. VERSEPUT

- (1) De fiscale eenheid in de wet op de vennootschapsbelasting, MAB 1975  
(2) De fiscale eenheid in de wet op de vennootschapsbelasting 1969. De ontwikkelingen sinds 1975, MAB 1980

N.H. DE VRIES EN L.W. SILLEVIS

- (1) Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting), losbladig

P.A. WESSEL

- (1) De aanpassing van het jaarrekeningenrecht aan de vierde EG-richtlijn (I), De NV, 60e jaargang no. 5

W. WESTBROEK

- (1) Zijn wettelijke bepalingen gewenst in verband met concernverhoudingen?, Preadvies Vereeniging 'Handelsrecht', 1969

Th.S. IJSSELMUIDEN

- (1) Geruisloze omzetting, 1973

J.W. ZWEMMER

- (1) De betekenis van de rechtspersoonlijkheid in het fiscale recht en I en II, TVVS 1982 no. 1 en 2
- (2) Verliescompensatie, 1982



# Trefwoordenregister

Er wordt verwezen naar bladzijden

## Aandelen

- alle – 21, 30 e.v.
- certificering van – 32
- emissie van – 122 e.v.
- overdracht van – 33
  - participatie 24 e.v., 32, 151 e.v., 176 e.v.
- preferente – 30
- prioriteits – 30
- zoekgeraakte – 21

## Aanloopverliezen

- ná het verenigingstijdstip 99 e.v.
- vóór het verenigingstijdstip 97 e.v.

Aansprakelijkheid 134 e.v., 184 e.v.

Advance-ruling 48

## Amendement

- Koning 48 e.v.
- Peijnenburg 107 e.v.

Anti-misbruikbepalingen 104 e.v.

Arm's length-beginsel 87 e.v., 183 e.v.

Bedrijfsopvolging 117 e.v.

Beginselen van behoorlijk bestuur 36, 48, 52 e.v., 60

## Belasting

- souvereiniteit 43
- subject, *zie*: subjectieve belastingplicht
- tijdvak 43 e.v.

Besmette transactie 107 e.v., 110 e.v., 113, 124 e.v., 130

Bezitsvereiste 31 e.v., 129

## Boekjaar

- afsluiting – 44
- afwijkend – 43
- eerste – 44

fiscaal – 43

kort – 45

statutair – 43

Buitenlandse dochtermaatschappij 37 e.v., 41 e.v.

Carry back 93 e.v.

Centrale leiding 25, 152

## Concern

- begrip 150 e.v.
- eenheid 25, 87, 181 e.v.
- geïntegreerd – 25
- jaarrekening 154
- onderneming 151, 153, 178 e.v.
- recht 149 e.v.
- verhouding 11, 24, 26, 32 e.v., 150 e.v., 176 e.v.

Conglomeraat 25

Deelnemingsvrijstelling 24 e.v.

uitsluiting – 106 e.v., 119

Delegatie (bepalingen) 21, 47 e.v.

Denemarken 167 e.v.

Dividend 112, 133, 184

Duitsland 169 e.v.

Duurzaamheid(svereiste) 33, 131

Economische eigendom 31

Eenzijdige regeling ter voorkoming van dubbele belasting 39 e.v.

Engeland 159 e.v.

Externe goodwill 63, 72 e.v.

Fiduciaire eigendom(soverdracht) 32

Fiscaal regime (verschil in –) 34 e.v., 36

## Fiscale-eenheidregime

- verzoek om toepassing van het – 45 e.v.
- (voorkoming van) misbruik van het – 61, 71, 74, 84

# TREFWOORDENREGISTER

- wijziging van het — 60
- Fiscale reserves 78 e.v.
- Frankrijk 164 e.v.
- Fusie
  - bedrijfs — 105, 111, 117 e.v., 177 e.v.
  - fictieve — 27 e.v., 32 e.v., 181 e.v.
  - horizontale/verticale — 152
  - juridische — 31, 159 e.v., 176 e.v., 181
- Geconsolideerde
  - balans 24 e.v., 63
  - jaarrekening 155 e.v.
  - winst(berekening) 37
- Gelijktijdig gevoegde dochtermaatschappijen 93 e.v.
- Grondslag(en)
  - van de fiscale eenheid 22, 24
  - van de vennootschapsbelasting 23
- Herstructurering 117
- Horizontale resultatenverrekening, zie: (horizontale) verliescompensatie
- Ingangsdatum 45
- Intercompany transacties, zie: intra-concerntransacties
- Internationale werking 41 e.v.
- Interne reorganisatie 105, 116 e.v.
- Intra-concerntransacties 111, 178 e.v., 182 e.v.
- Joint-venture 153, 155, 179
- Juridische
  - eigendom 31
  - zelfstandigheid 23, 29
- Keuzevrijheid (van het regime) 33
- Kleinschaligheidstoeslag 83
- Koerswinst 112, 119, 131
- Leidraad Winstbelasting 20, 22
- Liquidatie
  - van gevoegde dochtermaatschappij 103
  - opvatting 27, 30
  - verlies 73 e.v.
- Minderheidsaandeelhouders 178 e.v.
- Minimumtermijn 131
- Misbruik 104 e.v., 124 e.v.
- Nationaliteit 35
- Non-discriminatiebeginsel 36
- Normale
  - bedrijfsuitoefening 37
  - transacties 106 e.v., 111 e.v.
- Obligaties 68, 77
  - converteerbare — 69 e.v.
- Onbedoeld gebruik 104 e.v.
- Onderneming(s)
  - winst 23
  - belastingkarakter 23, 25
- Opgeofferd bedrag 71 e.v.
- Opgewekt vertrouwen 51
- Oprichtingsdatum dochtermaatschappij 43
- Organschaft(stheorie) 11, 27 e.v., 149, 169 e.v., 183
- Overkill 74, 112
- Pro-rata-omslag(methode) 91 e.v.
- Publiekrechtelijke overeenkomst 49
- Rechtsbescherming 21, 50
- Rechtspersoon(lijkheid) 26
  - relativering van de — 29
- Rechtszekerheid 21, 47
- Resultaten
  - consolidatie 182 e.v.
  - toerekening 90 e.v.
- Splitsing(stijdstip) 71 e.v., 136 e.v.
  - onderlinge vorderingen en schulden op het — 77 e.v.
- Standaardvoorwaarden
  - begrenzing van de — 48, 50 e.v.
  - codificatie van de — 47
  - publikatie van de — 22, 59 e.v.
  - ratio van de — 48
  - (rechterlijke) toetsing van de — 22, 50
  - rechtskarakter van de — 49 e.v.
  - versies van de — 47
- Stelsel
  - keuze 63 e.v., 71
  - wijziging 33
- Stille reserves 101 e.v., 105 e.v., 109 e.v.



# TREFWOORDENREGISTER

- (materiële) realisatie van — 122 e.v., 130
- Subjectieve belastingplicht 26 e.v.
- Ten goede komen aan 124 e.v.
- Terugwerkende kracht 44, 46, 60, 137
- Uitdeling (van winst) 18, 23, 110
- Vaste inrichting 36 e.v., 38 e.v., 41
- Verdrag 38 e.v.
- Verenigingstijdstip
  - herwaardering op het — 63 e.v.
  - onderlinge vorderingen en schulden op het — 65 e.v.
- Verlengstukgedachte 24 e.v., 78, 86
- Verlies(compensatie)
  - afzonderlijke — 86
  - dubbele — 67
  - horizontale — 86, 91 e.v.
  - vóór-fusie — 92 e.v.
- Verliesoverdracht 178 e.v.
- Vermogens
  - aftrek 87 e.v.
  - consolidatie 43
  - sprong 63, 65, 133
- Vestigingsplaats 37
- Voeging (van de fiscale eenheid) 62 e.v.
- Volgtijdige gevoegde dochtermaatschap-  
pijen 92 e.v., 95
- Vóórvoegingsverliezen 67, 97 e.v.
  - ná ontvoeging 100 e.v.
- Voorwaarden
  - aanvullende — 60
  - acceptatie van de — 49 e.v.
  - afwijkende — 37, 61
  - gewijzigde — 60
- Wereldwinst 42 e.v.
- WIR 82 e.v.
- Zeggenschap 151

## Stellingen

1. De vermelding van 'andere verenigingen op coöperatieve grondslag' in artikel 2, lid 1, letter b, Wet Vpb. is overbodig. Zij kan echter wel leiden tot een te ruime toepassing van genoemde bepaling, als gevolg van de, eveneens te ruime, definitie van het begrip 'vereniging' in artikel 2, lid 2, letter a, A.W.R.
2. Ten onrechte verhindert artikel 32, lid 1, A.W.R. de toepassing van artikel 31 van deze wet, ingeval de belastingaanslag reeds ambtshalve is vastgesteld.
3. De zogenaamde 'rulingpraktijk' zou de toekomstige verdragspositie van Nederland kunnen ondergraven en daardoor schade kunnen berokkenen aan het Nederlandse bedrijfsleven.
4. Teneinde de zogenaamde 'profit-routing' te beperken, zal in artikel 23d, lid 3, Wet Vpb, onder b het navolgende moeten worden bepaald: b. bedrijfsmiddelen welke bestemd zijn om hoofdzakelijk niet te worden gebruikt voor het drijven van een onderneming in de zin van de Wet I.B.
5. Waar de wetgever met betrekking tot de coöperatieve vereniging de verlengstukgedachte hanteert, wordt deze ten onrechte beperkt tot de leden-natuurlijke personen.
6. Een gedetailleerde ministeriële resolutie, waarin het pensioenbegrip nader wordt omlijnd, zal de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid van belastingplichtigen kunnen bevorderen.
7. Het teruglopen van de investeringen hier te lande is mede te wijten aan de toepassing van het zogenaamde 'klassieke' stelsel van heffing van vennootschapsbelasting. Handhaving van dit stelsel moet dan ook in strijd worden geacht met het werkgelegenheidsbeleid van de overheid
8. Een promotie kan persoonsverwisseling voorkómen.

*Stellingen* behorende bij het proefschrift van A.J. van Soest, te verdedigen te Tilburg op 11 februari 1983





Bibliotheek K. U. Brabant



17 000 01051223 5